

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
NOTION JURIDIQUE
DE SALARIÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

DIPLÔME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES D'ÉCONOMIE POLITIQUE

Présentée et soutenue le Vendredi 27 novembre 1931, à 2 heures

PAR

Jean LESCUDIER

Président : M. OUALID, professeur

*Suffragants : { MM. ESCARRA, professeur
SOLUS, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1931

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
NOTION JURIDIQUE
DE SALARIÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

DIPLÔME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES D'ÉCONOMIE POLITIQUE

Présentée et soutenue le Vendredi 27 novembre 1931, à 2 heures

PAR

Jean LESCUDIER

Président : M. OUALID, professeur

*Suffragants : { MM. ESCARRA, professeur
SOLUS, professeur*

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, RUE SOUFFLOT, 11

—
1931

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



DE LA

NOTION JURIDIQUE

DE SALARIÉ

INTRODUCTION

L'étude de la notion juridique de salarié est très importante, car elle permet ainsi de placer dans son vrai cadre une classe d'individus à laquelle les exigences de la vie économique moderne ont donné une importance de plus en plus grande.

En effet, tant au point de vue des obligations qui leur sont imposées que des avantages qui leur sont accordés par la loi et surtout à ce dernier point de vue, qui grossit de jour en jour, il est indispensable de posséder un critérium sûr permettant de dissiper toutes les hésitations qui peuvent naître en ce qui concerne l'application de la réglementation du travail.

Il n'est pas de jour où, soit l'Administration, soit les Tribunaux ne soient amenés à se prononcer sur ce sujet et ils l'ont fait jusqu'ici avec un assez rare bonheur. Mais la loi sur les Assurances Sociales est

venue poser des problèmes nouveaux et il faut d'ores et déjà essayer de montrer dans quel sens devront s'orienter les solutions à intervenir.

C'est donc ce critérium que nous allons essayer de dégager des idées et des faits et nous l'appliquerons ensuite aux diverses catégories de travailleurs afin de le vérifier par l'expérience ; nous lui demanderons aussi de nous éclairer sur des questions délicates à propos desquelles peut subsister le doute de savoir si l'on se trouve vraiment en présence de salariés.

Pour mener à bien cette étude, nous allons commencer par examiner la situation du salarié en général et nous verrons que l'on peut faire quelques différences entre les individus auxquels s'applique ce nom. Il nous faudra ensuite montrer comment on peut distinguer le contrat de travail des autres contrats tels que les contrats d'entreprise, et à ce propos nous marquerons les étapes de l'évolution législative, de société et de mandat ; cela nous aidera mieux à comprendre les différences existant entre le salarié, l'entrepreneur, l'associé et le mandataire. A ce propos, nous étudierons quelques catégories de travailleurs situées sur la ligne de démarcation entre ces divers contrats ainsi que les essais tendant à faire d'eux les associés du patron et à donner par conséquent une nouvelle extension au terme de salarié et une position sociale améliorée à ceux qui le portent, essais qui à vrai dire ont été peu concluants et ne laissent pas présager à

cette nouvelle notion un avenir bien brillant (1). Cette étude des divers contrats est indispensable car, de même que le salarié n'existe qu'en fonction d'un employeur auquel il est uni par un lien qui est le contrat de travail, de même l'associé n'existe qu'en fonction d'une société à laquelle il est uni par un contrat de société qui définit son rôle et ses attributions ; on pourrait répéter la même chose en ce qui concerne l'entrepreneur ou le mandataire.

D'ailleurs, une fois le salarié placé dans son cadre juridique et son rôle bien délimité, il sied encore d'examiner si les avantages que la loi accorde aux différentes catégories enfermées dans cette notion ne devraient pas être étendus à d'autres travailleurs, suivant leur rôle et la position plus ou moins solide qu'ils occupent dans la société, car il est bien évident qu'à côté des masses d'individus que l'on doit au point de vue juridique considérer comme des salariés, il y en a d'autres que le législateur doit s'ingénier à protéger plus particulièrement, soit à cause de la dureté de leur travail, soit à cause de leur état d'infériorité en face des autres éléments de la société avec lesquels ils sont en contact et contre lesquels ils sont parfois obligés de lutter pour améliorer leur sort. En d'autres termes, il faut se demander si à la notion *juridique* de salarié ne doit pas se substituer la notion *économique* de salarié.

1. Voir les lois entre autres du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière et du 9 sept. 1919 modifiant la loi du 21 avril 1810 sur les mines.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

S'il est parfois difficile de distinguer de l'extérieur un salarié il a malgré tout certains caractères propres qui mettent sa situation en relief : c'est celui qui dans une entreprise et quelle que soit sa situation, modeste ou lucrative, très étroitement subordonnée ou au contraire relativement indépendante, reçoit en contre-partie de son travail, intellectuel ou physique, une rémunération forfaitaire, périodique et soustraite au moins partiellement aux aléas de l'affaire (1). Nous verrons que cette définition du salarié, vraie en général, est obligée de subir quelques corrections pour s'adapter aux tendances nouvelles de la législation du travail et de la jurisprudence qu'elle a suscitée.

En tout cas, quel que soit le genre de services engagés, quelle que soit la situation des parties, ouvrier et patron, commerçant et commis, entrepreneur et son personnel, directeur de théâtre et artistes, la nature du contrat qui les unit reste la même ; on se trouve en présence d'employeurs

1. Boissard. *Contrat de travail et salariat*.

d'une part, et d'employés ou salariés de l'autre,

Les services rendus par ces différentes catégories de travailleurs ne sont pas les mêmes ; ce peuvent être pour les domestiques des services plus strictement personnels, pour l'ingénieur un service de création ou de vérification scientifique envisagé d'un point de vue intellectuel alors que l'ouvrier participera à des créations matérielles ; ce peuvent être pour les employés des travaux tenant plus à l'esprit qu'à la matière.

On a une tendance plus ou moins affirmée dans les milieux moyens à considérer seul l'ouvrier comme un salarié avec tout ce que ce terme peut comporter de péjoratif parmi les masses ; on est ainsi porté à penser qu'étant les seuls à subir les inconvénients de cette situation subordonnée, ils doivent être aussi les seuls à réclamer les avantages que les gouvernements leur dispensent de plus en plus dans le but de donner satisfaction aux idées sociales nouvelles. Cependant, ce n'est là qu'une opinion erronée car précisément à ce point de vue social, on ne saurait faire des différences entre les diverses catégories de travailleurs, si ce n'est lorsqu'une situation très élevée place certains d'entre eux au-dessus des autres. Mais on peut encore, il est vrai, du point de vue juridique et aussi économique citer entre eux des traits distinctifs que nous aurons à étudier. Il y a en effet des règles juridiques qui varient avec ces nombreuses sortes de travail et c'est ainsi que l'on a pu être amené à distin-

guer entre les gens de service, les ouvriers et les employés, et les salariés de condition plus haute tels que les ingénieurs, directeurs, etc., des grandes entreprises industrielles et commerciales, sans parler des fonctionnaires dont la situation toute différente est régie par les règles du droit administratif.

SECTION I

Qu'est-ce qu'un salarié ?

D'un point de vue strictement juridique, à quoi peut-on reconnaître un salarié ?

La réponse, à première vue, peut paraître et a paru effectivement simple et nette ; le salarié est celui qui est lié à un autre individu, appelé employeur, par un contrat de travail. Cette réponse une fois faite, la question n'a pas avancé d'un pas, car il nous reste, et c'est là vraiment que réside le nœud du problème, à savoir ce qu'est le contrat de travail. A ce propos, maintes explications ont été apportées par de nombreux auteurs qui ont essayé de le définir et de le distinguer ainsi de ceux des autres contrats avec lesquels il eut été facile de le confondre. Par ailleurs, tous les points touchant le contrat de travail ont donné lieu à des controverses multiples qu'il ne nous appartient pas de résoudre et qu'il nous faut simplement indiquer. On a discuté sur sa preuve, c'est-à-dire sur la preuve de l'état

même de salarié puisque celui-ci se définirait par la conclusion d'un contrat de travail : étude qui ne saurait nous intéresser directement car les contestations qui naissent à ce sujet se réfèrent surtout à des différends entre les employeurs et les employés au sujet du taux et du paiement des salaires. Au point de vue qui nous occupe, nous n'aurons pas non plus à examiner par le détail les conditions qui président à la conclusion de ce contrat : il nous importe seulement de nous placer devant le fait accompli, dès l'instant que l'ouvrier a travaillé pour le compte d'un patron sous des conditions que nous aurons à dégager, il est un salarié et a droit, par conséquent, aussi longtemps que dure ce travail, aux avantages des autres salariés, de même qu'il doit se conformer aux devoirs qui leur incombent.

Il a été aussi édicté par la loi un âge minimum, treize ans révolus ou douze ans avec un certificat d'études primaires et d'aptitudes physiques, pour l'emploi des enfants dans les établissements industriels, mines, carrières et chantiers. Si ces règles sont violées, le contrat sera entaché de nullité mais on doit se demander s'il est anéanti dans le passé et si par conséquent le mineur n'a jamais été un salarié ou si au contraire il est réputé avoir existé pendant tout le temps que l'enfant a fourni son travail à l'employeur ; la question est importante car dans le deuxième cas seulement, il aurait le droit de réclamer un salaire correspondant à son travail et de se prévaloir de la loi de 1898. Selon MM. Capitant et

Cuche (1), la nullité d'un acte juridique ne peut détruire un état de fait antérieur et l'enfant doit être traité sur le même pied que les autres salariés puisque comme eux il a travaillé et rendu des services dans la mesure de ses moyens. La jurisprudence en a décidé autrement et elle a écarté l'application de la loi du 9 avril 1898 en se basant sur ce que cette loi a été violée puisqu'elle suppose à sa base un contrat de louage de services lequel était frappé d'une nullité d'ordre public (2).

L'expression de contrat de travail a été inventée par les économistes. On la rencontre pour la première fois dans la loi du 18 juillet 1901 (art. 25 et suivants, livre 1 du Code de travail). Malgré cela, c'est de très bonne heure, au xix^e siècle, que la jurisprudence a commencé à appliquer un critérium consistant dans le lien de subordination des employés à l'égard de leurs employeurs, critérium qui ira en se précisant et s'affermissant dans les années postérieures. La place relativement peu importante accordée à ce genre de contrat dans notre Code civil fait que de nombreux juristes se sont attachés à l'assimiler plus ou moins, en attendant une réforme constructive du législateur, à la société, au mandat et même à la vente; ces opinions n'ont pas prévalu, mais elles méritent cependant d'être étudiées au

1. *Traité de législation industrielle*, 2^e édit., p. 188.

2. Voir Req., 2 déc. 1901. D. P. 1902.1.403; Cham. réun., 8 janv. 1908. D. P. 1908.1.185; Civ., 8 déc. 1909. D. P. 1910.1.320 et 22 mai 1912, deux arrêts, D. P. 1913.5.14.

point de vue théorique car elles sont d'une aide puissante pour scruter dans tous ses détails la physiologie du contrat de travail. On verra, en faisant l'historique du salarié, quelles ont été les raisons que M. Perreau avait données pour expliquer cette lacune du Code, mais nous pouvons dès maintenant indiquer que la crainte de voir renaître les corporations en réglementant le travail, y entraînait pour une grande part.

La jurisprudence autrefois avait admis que l'entrepreneur lui-même pouvait dans certains cas être considéré comme un préposé (1). Mais maintenant, et d'une façon quasi-unanime, on ramène le critérium de la qualité de salarié à la distinction qui oppose l'entreprise au louage d'ouvrage et de services ou contrat de travail.

Les Romains avaient distingué entre la *locatio operis* où le travail est payé à la tâche et la *locatio operarum* où le travail est payé au temps. La jurisprudence fait aussi la distinction entre les deux contrats mais pas de la même façon et elle a exclu de l'article 1780 du Code civil, sur la rupture du contrat de louage d'ouvrage à durée indéterminée, tout contrat rémunérant un travail selon son importance, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un travail d'ouvrier aux pièces de la grande industrie. Nous verrons que cette solution, quoique soutenue encore par M. Planiol, n'est plus suivie aujourd'hui, et que

1. Civ. 15 janv. 1889. D. P. 1889.1.49, Crim., 21 juil. 1898. D. P. 1899.1.125; Req., 29 mai 1900. D. P. 1901.1.265.

c'est à une autre forme de distinction qu'il faut se rattacher : le louage de services désigne une notion plus moderne et plus sociale, le contrat de travail.

Dans ce contrat le travailleur est sous la dépendance de celui qui l'emploie. Il comprend donc ce que l'on avait coutume d'appeler louage de services car là évidemment, on ne conçoit guère que le travailleur puisse opérer autrement que sous les ordres et la direction de son patron puisqu'il est engagé au temps ; mais il faut encore ajouter à cette sorte de dépendance physique, une dépendance économique provenant de ce que sa subsistance est entre les mains du patron. Il doit comprendre aussi une part du louage d'ouvrage, c'est-à-dire du travail à la tâche lorsque l'ouvrier qui l'exécute dépend personnellement et économiquement d'un maître. C'est pourquoi aujourd'hui on s'accorde à assimiler et à confondre indifféremment louage d'ouvrage et louage de services sous le nom générique de contrat de travail s'appliquant aux travailleurs salariés par opposition aux entrepreneurs et aux membres des professions libérales (1).

Nous allons maintenant examiner rapidement les plus typiques parmi toutes les définitions que l'on a tenté de donner du salarié et du contrat de travail. Voyons tout d'abord le Code civil : il s'est occupé succinctement de la question dans deux de ses articles :

1. Colin et Capitant, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I.

D'après l'article 1710 « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu ».

L'article 1779 reconnaît « trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie :

1^o Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ;

2^o Celui des voituriers tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes et des marchandises ;

3^o Celui des entrepreneurs d'ouvrage par suite des devis ou marchés ».

M. Planiol, refuse à l'expression contrat de travail toute valeur scientifique et il n'en reconnaît qu'une seule qui soit vraiment valable : celle de louage de travail. Il fait valoir que la première est trop vague et désigne non pas la nature du contrat mais son objet, par conséquent il faudrait pour être logique désigner le bail à loyer par exemple sous le nom de contrat de maison. Cette controverse doctrinale et théorique n'a qu'une importance secondaire : le mot s'il n'est pas d'une précision parfaite peut cependant suffire si tout le monde s'accorde bien sur le sens à lui donner. Nous en avons d'ailleurs avec le contrat de mariage un équivalent dans notre Code. Mais il y a une objection plus grave à adresser à M. Planiol : l'expression de louage de travail proposée par lui a le tort d'assimiler le travail humain à une marchandise qui peut se louer,

conception qui a été condamnée par l'article 427 du traité de Versailles. Selon la conception de cet auteur, ce contrat se caractérise par une prestation de jouissance moyennant un prix, le salarié confie au patron pendant un temps son activité, sa personne et il touche pour cela une rémunération. Il reste maître, propriétaire en quelque sorte, de sa personne qu'il reprend intacte après l'achèvement de ses obligations (1).

Nous continuerons donc à nous servir de l'expression de contrat de travail si bien ancrée dans la pratique. Quant à la distinction proposée par le Code Civil il est bien évident que l'on ne peut lui accorder un grand intérêt car ses deux derniers termes se rapportent à une notion d'un autre genre et qu'ils sont bien définis par un nom qui leur est propre : ce sont des contrats d'entreprise. Nous sommes ainsi amenés tout naturellement à étudier les différences qui existent entre ces deux sortes de contrats : le louage de services, « locatio operarum » et le contrat d'entreprise « locatio operis faciendi ».

En ce qui concerne les termes de l'article 1779, MM. Baudry et Wahl font aussi remarquer qu'il faudrait modifier le dernier ; il existe, un nombre indéfini de locataires d'ouvrage qui sans être des « entrepreneurs d'ouvrage » fournissent comme ces derniers leur travail moyennant un prix et qui, comme eux, n'ont à fournir que ce travail sans

1. Planiol, *Traité de droit civil*, t. 2, n° 1827.

être dans un lien de subordination vis-à-vis du maître (1).

Selon M. Pic, le louage d'ouvrage et le louage de services sont confondus dans une définition trop large par l'article 1710 du Code civil. Quant à la distinction donnée par l'article 1779, si son premier terme correspond bien au contrat de travail ou louage de services, car l'expression « gens de travail » englobe bien tous les salariés, ouvriers, employés et domestiques, ses deux autres termes ne désignent que deux variantes d'un même contrat, le louage d'ouvrage, sans embrasser par une seule formule nette en même temps que compréhensive, toutes ses variétés (2).

On a voulu aussi soutenir que dans l'expression « louage de services » qui excluerait d'ailleurs les employés, est contenue une idée de dépendance et de subordination qui s'accorde mal avec la conception que l'on se fait de ce contrat aujourd'hui alors que le terme « contrat de travail » doit poser en principe, l'égalité des parties contractantes (3). Nous nous contentons de noter cette opinion sans la critiquer car cela ne nous serait pratiquement d'aucune utilité dans la suite de cette étude.

On aura plus loin en étudiant le salarié et l'associé, l'occasion d'examiner quelques autres idées que l'on a émises sur le contrat de travail.

1. Baudry et Wahl, *Traité de louage*, 3^e édit., t. 2, n^o 1637.

2. Pic, *Traité de législation industrielle*.

3. Chambon, *Le projet de loi sur le contrat de travail*.

SECTION II

Des différentes sortes de salariés.

(Gens de service, ouvriers et employés).

Il existe entre les divers locateurs de services des différences au point de vue de la condition sociale mais elles sont en principe sans influence sur la nature et les effets du contrat. Celui qui paie le salaire peut être un producteur industriel ou commerçant qui occupe des salariés en vue d'obtenir des richesses destinées à la vente ; il peut être aussi un consommateur qui ne pense qu'à jouir lui-même du travail qu'il s'est procuré. Dans le premier cas les salariés seront des ouvriers ou des employés et dans le second ce seront des domestiques. D'autre part, d'après MM. Baudry et Wahl les mots domestiques et ouvriers employés par l'article 1779 du Code civil ne sont pas assez larges, car le législateur a entendu régler les formes juridiques de tous les services qui peuvent être loués, sauf peut-être les professions libérales (1).

D'ailleurs, il semble bien que les lois contemporaines tendent de plus en plus à briser les anciennes démarcations entre les différents salariés.

Tout d'abord, les lois du 12 janvier 1895 sur la saisie-arrêt des salaires (art. 61 et suivants du Code

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 1832 et Baudry et Wahl, *Du contrat de louage*, t. 2, n° 1640 et suivants. Voir aussi Guillouard, *Du louage*, t. 2, n° 698.

du travail), du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes et du 2 août 1923 ont assimilés les gens de service aux salariés de l'industrie et du commerce.

Mais c'est surtout à propos des ouvriers et des employés que cette œuvre d'unification a été le plus fortement prononcée et elle s'est traduite par les lois du 27 décembre 1892 sur la conciliation et l'arbitrage entre patrons et ouvriers ou employés — du 12 janvier 1895 sur la saisie-arrêt des salaires et petits traitements — du 30 juin 1899 sur les accidents agricoles — du 29 décembre 1900 fixant les conditions du travail des femmes employées dans les magasins. Depuis le ^{xx}^e siècle, ce mouvement s'est encore accentué avec les lois du 12 avril 1906 étendant la législation des accidents du travail aux entreprises commerciales et 5 août 1922 qui l'étend aux entreprises agricoles — du 13 juillet 1906 sur le repos hebdomadaire — du 5 avril 1910 déjà citée — les lois sur le cautionnement des ouvriers et employés des 2 avril 1914, 18 octobre 1917 et 1^{er} février 1928 — du 23 avril 1919 sur la journée de huit heures et enfin du 5 avril 1928 sur les assurances sociales.

Cependant quelques différences importantes subsistent encore entre ouvriers et employés, mais seulement au regard de lois particulières, ce qui ne les a pas empêché d'être placés sur le même pied par toutes les grandes lois protectrices du travail.

La loi du 27 mars 1907 sur les conseils de pru-

d'homme marque sur trois points importants une différence entre ouvriers et employés.

1^o La compétence lorsque le conseil de prud'homme comprend plusieurs sections est déterminée par le genre de travail fourni et non plus par la nature de l'établissement (1), ce qui a bien pour effet de faire entrer dans des sections distinctes les ouvriers et les employés (art. 3).

2^o L'article 32, modifié par la loi du 3 juillet 1919, édicte que les différends entre les employés et leurs patrons sont de la compétence des tribunaux ordinaires lorsque la chiffre de la demande excède 2.000 frs. Cette limitation ne s'applique pas aux différends intervenus entre les ouvriers et leurs patrons (2).

3^o L'article 5, de plus, établit avec netteté la distinction entre les contre-maîtres de la petite industrie ou chefs d'équipe « qui prennent part à l'exécution matérielle des travaux » et les contremaîtres de la grande industrie « qui ne remplissent que des fonctions de surveillance ou de direction ». Les premiers sont considérés comme des ouvriers et les seconds comme des employés.

— La loi du 8 décembre 1909 sur le paiement des

1. Rapport Groussier, Doc. parl. Sénat, *J. O.*, 1907, p. 206.

2. Cusenier, *Les domestiques en France*, thèse, 1913. Hass. et Penancier, *Maîtres et gens de service*, 1925. C. F. loi Autrichienne du 20 déc. 1928, sur le contrat d'emploi des chauffeurs d'autos et le projet de loi Belge (*Questions pratiques*, 1926 p. 127), et Allemand sur le contrat de travail des gens de maison (*Revue du travail Belge*, 1926, p. 143 et 1485).

salaires des ouvriers et employés (code trav. livre 1 art. 44), édicte dans son art. 2 des règles différentes pour les ouvriers et les employés et de plus ses articles 2 et 4 ne sont pas applicables aux ouvriers agricoles. Dans l'article 1^{er}, commun aux ouvriers et aux employés, il faut entendre par le mot ouvrier, d'après les rapports présentés aux deux chambres et leurs discussions, les ouvriers et employés du commerce et de l'industrie dans un sens très large, c'est-à-dire les ouvriers travaillant à domicile, les ouvriers agricoles et les artistes lyriques. N'en seront exclus que les domestiques attachés à la personne du maître. Il n'en est d'ailleurs pas de même pour les dispositions de l'article 2 qui en spécifiant les ouvriers du commerce et de l'industrie exclut par là même les ouvriers agricoles et profite de cette occasion pour bien marquer son intention de les voir s'étendre aux ouvriers travaillant à domicile pour le compte d'un patron (1).

Il est intéressant pour aider à faire la distinction entre ouvriers et employés d'étudier une circulaire du ministre du travail en vue de l'application de cette loi du 10 mars 1910. D'après cette dernière, l'article 2 de la loi du 7 décembre 1909 établit entre les ouvriers du commerce et de l'industrie d'une part et les employés d'autre part, une différence essen-

1. La loi du 23 avril 1924 a complété le § 1 de l'art. 44 du livre 1 du code du travail par l'addition suivante : « Les commissions dues aux voyageurs, et représentants de commerce donneront lieu à un règlement au moins tous les trois mois ».

tielle en ce qui concerne la périodicité du paiement du salaire : les premiers doivent être payés deux fois par mois à 16 jours au plus d'intervalle et les seconds peuvent ne l'être qu'une fois par mois.

Au terme de cette loi que faut-il donc entendre par ouvriers et par employés ? On peut s'attacher pour le déterminer soit au genre d'occupation, soit au mode de rémunération.

a) Dans le premier cas, on appliquera le nom d'ouvrier à celui qui fait subir à la matière une opération de transformation, ainsi qu'aux personnes qui conduisent des machines ou manipulent des fardeaux. Au contraire, les vendeurs, employés de bureaux, contre-maitres, surveillants sont considérés comme des employés. Une fois ces énumérations faites, la question est loin d'être résolue, car certains employés peuvent faire des opérations de façonnage et de production. De même, où classer les employés de gares et les cochers ?

b) Dans le deuxième cas, la rémunération des ouvriers est établie ordinairement soit à la tâche, soit aux pièces, soit à la journée, soit à l'heure : c'est le salaire proprement dit. Celle des employés est établie au mois et quoique fixe elle est souvent accrue de primes ou autres suppléments ; elle est plus stable et elle est payée même au cas d'absence ou de courtes maladies : ce sont des appointements.

Il est nécessaire, pour arriver à une distinction satisfaisante en attendant, pour plus de précisions,

que la jurisprudence se soit prononcée sur chaque cas d'espèce, de combiner ces deux points de vue : il est d'ailleurs difficile dans une loi ayant trait au paiement des salaires de faire abstraction du deuxième. On doit donc dire d'une part que sont ouvriers ceux qui sont payés comme il a été dit, mais que malgré cela ils sont des employés s'ils sont affectés à une besogne de vente, de bureau ou de surveillance. D'autre part, doivent être regardés comme des employés toutes les personnes dont les appointements sont établis au mois, sans tenir compte du rendement de leur travail ou de leur temps de présence. Contrairement à la première hypothèse et sauf décision contraire des tribunaux, le fait d'accomplir des travaux manuels ne fera pas faire exception à cette règle ; la raison en est que le léger privilège qu'ils acquéraient d'être payés par quinzaine leur enlèverait tout le bénéfice beaucoup plus appréciable des usages en cours au cas de congédiement d'employés (1).

Les articles 2101 4^o du Code civil et 549 du code du commerce, modifiés par la loi du 17 juin 1919, ne donnent pas un privilège de la même étendue pour le paiement de leurs salaires aux gens de service, aux ouvriers et aux employés. Le 29 novembre 1926 a été déposé à la Chambre par M. Champetier de Ribes une proposition de loi ayant pour objet de fixer la situation des employés dont il nous

1. Circ. Min. Trav. du 10 Mars 1910. *J. O.*, 22 mai 1910.

a paru intéressant de reproduire l'essentiel : (1).

Les employés bénéficient du titre 2 livre 2 (hygiène et sécurité) du Code du travail et du titre premier livre 2 relatifs à la durée du travail (chapitre 2) et au repos hebdomadaire (chapitre 4). Cependant, ils sont loin d'être aussi complètement protégés que les ouvriers par la législation du travail. Ils n'ont pas en tout cas un statut direct qui leur avait été cependant promis lors de la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des femmes et des enfants dans l'industrie, et l'on ne trouve guère que les lois du 2 avril 1914 et du 2 octobre 1917 sur la protection du cautionnement ainsi que celle du 25 juillet 1921 sur la saisie-arrest des salaires pour éclaircir un peu leur situation. Cette lacune est grave, car les employés qui tiennent une grande place dans la vie économique moderne ont droit aux égards et aux efforts du législateur ; il est en effet inadmissible que quelqu'un puisse nier l'utilité qu'il y aurait à leur étendre les dispositions concernant l'âge d'admission au travail, le travail des femmes et des enfants ou encore la réglementation du travail de nuit.

Il ne faut cependant pas se dissimuler que la situation de l'employé n'est pas absolument identique à celle de l'ouvrier, mais ce sont ces différences mêmes qui militent en faveur de l'établissement d'un statut spécial des employés. Si l'employé est bien un salarié, car il tire sa subsistance de son

1. Circulaire du ministère du travail du 10 mars 1910. *J. O.* du 22 mai 1910.

travail, sa situation revêt des formes si multiples qu'elle ne peut être caractérisée que par la rémunération; malgré tout, il subsiste toujours entre eux ce point commun, à savoir la collaboration à la gestion ou à la direction d'une entreprise. Il est donc facile de constater que la vie sociale moderne qui se caractérise de plus en plus par une division du travail très poussée et par la diversification des emplois donne à cette catégorie d'individus un rôle d'une importance croissante. Or, c'est cette infinité d'emplois différents exigeant une formation technique égale à celle de l'ouvrier spécialisé, qui, ajoutée à cette fonction de collaboration plutôt intellectuelle, incorpore plus fortement l'employé à la maison dont il fait partie et, l'adaptant davantage à ses méthodes et à son genre de travail, rend plus nécessaire la stabilité de son emploi. Certes, la maison de commerce aura tout intérêt à se priver le moins souvent possible d'un subordonné au courant de ses affaires, mais enfin, lorsqu'elle est obligée d'en venir là il est évident que la répercussion sera bien moindre à son égard qu'à celui de l'employé qui aura beaucoup de mal à trouver une situation équivalente à celle qu'il aura perdue. En effet, cette stabilité toute relative mais qui existe cependant, lui sera un empêchement à retrouver un emploi semblable et le forcera souvent à accepter pour vivre une situation diminuée.

C'est pourquoi il faut substituer aux usages qui tenant compte de ces observations, existent un peu

partout mais peuvent être écartés par la convention contraire, une réglementation simple et coordonnée. Cette proposition de loi a d'ailleurs été suivie par bien des pays étrangers qui ont compris la nécessité de légiférer sur la profession d'employé (Autriche, Belgique, Luxembourg, Hongrie, Grèce).

Dans le projet précité, on fait donc remarquer qu'il est impossible de donner une définition abstraite de l'employé, il faut une énumération qui soit assez concrète et limitative en même temps pour fermer la porte à toutes les contestations, quand il s'agirait de déterminer si la loi doit s'appliquer à telle ou telle catégorie de salariés. Voici cette définition énumérative qui donne un aperçu assez complet de la situation :

« Est réputé employé ou salarié, qu'il soit au service d'un particulier, d'une entreprise ou administration privée, celui qui collabore d'une façon habituelle à la direction, à la surveillance, aux études, au contentieux, aux travaux administratifs, à la comptabilité, à la correspondance, à l'achat, à la vente, à la représentation, à la livraison, au manie-ment des espèces, à la garde ou à l'entretien des locaux, du matériel et des marchandises ».

Ainsi, la brève étude législative que nous venons de faire montre bien le courant qui tend, sur certains points, à réclamer une assimilation totale des ouvriers aux employés, et sur d'autres au contraire à marquer des différences entre eux relevant de la

nature même de la situation d'employé arrivée au degré d'évolution où elle est aujourd'hui.

— Certaines législations étrangères maintiennent des différences entre ouvriers et employés : on peut citer par exemple la loi belge de 1900 sur le contrat de travail qui ne concerne que les ouvriers et celle du 7 août 1922 sur le contrat d'emploi spécial aux employés de commerce.

Puisque les ouvriers et les employés, de même que les gens de service se sont pas encore placés entièrement sur un pied d'égalité, il peut être bon de savoir les distinguer et c'est ce que nous allons essayer de faire.

Il ne faut pas se dissimuler que ce serait la besogne la plus vaine, sinon la plus néfaste que de chercher à compartimenter en catégories fermées le monde des travailleurs ; tout au plus, quoique nous verrons que cela donne encore lieu à de nombreuses difficultés, peut-on distinguer le salarié de l'entrepreneur, du mandataire et de l'associé. Mais parmi les salariés eux-mêmes il devient beaucoup plus difficile de déterminer la plus ou moins grande proportion de travail musculaire ou de travail cérébral qu'ils fournissent, pour baptiser les uns manuels, les autres intellectuels. On peut cependant, et c'est là une distinction depuis longtemps classique, les classer en trois catégories : les domestiques, les ouvriers et les employés. Examinons-les successivement.

A) *Les domestiques.*

Les domestiques sont tous les serviteurs à gages employés pour le service ordinaire de la personne, de la maison ou de la ferme. Par exemple, les valets et femmes de chambre, cuisinières, bonnes à tout faire, chauffeurs d'autos logés ou non (1), les valets de ferme, les subordonnés faisant partie de la maison, tels que précepteurs, bibliothécaires, aumôniers, etc., les jardiniers, les concierges, etc. Pour ces derniers toutefois une légère controverse s'était élevée sur le point de savoir s'ils ne devaient pas être considérés plutôt comme des locataires de la maison que comme des locateurs de service. Des arrêts récents ont tranché la question en décidant que le concierge, bien que logé dans la maison confiée à sa garde, ne saurait être assimilé à un locataire : c'est un véritable domestique à gages, lié au propriétaire de l'immeuble par un contrat de louage de services (2).

B) *Les ouvriers.*

Les ouvriers proprement dits sont ceux qui courent, sous la direction d'un maître ou patron, à l'exercice d'une profession manuelle, d'un art mé-

1. Trib. civ. Seine, 2 janv. 1901. D. P. 1905.5.14.

2. Voir Trib. Seine, référé, 7 fév. 1899. S. 1899.2.146 et Trib. de Paix de Paris (14^e arrond.), 10 déc. 1903, S. et P. 1904.2.84. Paris, 7 fév. 1920. S. 1920.2.80.

canique. Mais dans un sens plus large, le mot ouvrier comprend tous ceux qui, n'étant pas domestiques, rentrent dans la domination générale de gens de travail et sont employés à la production de richesses destinées à la vente, qu'il s'agisse d'un travail industriel, agricole ou autres (1) c'est-à-dire, en outre des ouvriers tels qu'ils viennent d'être définis, tous ceux qui moyennant un salaire se livrent un travail corporel (2).

D'autre part, d'après MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, le fait que le rôle de l'intelligence est plus ou moins grand dans le travail de l'ouvrier n'est pas à retenir (3). Mais, d'une façon générale, il faut dire que l'ouvrier se distingue de l'employé en ce que sa profession exige moins de l'intelligence que du travail matériel. On peut citer en ce sens une jurisprudence nombreuse et variée, entre autres ne peut être assimilé à un ouvrier, à raison de ses aptitudes et de ses connaissances spéciales, le patron d'un bateau à vapeur faisant la navigation fluviale (4).

Dans d'autres cas, pour les garçons bouchers, le gareur de métiers à velours mécanique, le chef de cuisine, les tribunaux en ont fait des ouvriers en s'appuyant sur cette prédominance du travail manuel (5). Il en est de même pour les coupeurs, les

1. Planiol, *Traité élémentaire de dr. civ.*, t. 2, n° 1832, déjà cité.

2. Voir circ. du Min. du Trav. du 10 mars 1910, précitée.

3. Baudry et Wahl. *Du Contrat de louage*, t. 2, n° 1648.

4. Trib. Comm. Nantes, 3 mai 1905, D. P. 1906.5.4.

5. Trib. civ. Seine, 16 déc. D. P. 1897.2.353 ; Lyon, 15 déc.

essayeurs et les modelistes dans les maisons de couture (1).

Le contremaître d'usine est en principe un ouvrier quelque soit le mode et le taux de sa rémunération et l'importance de ses fonctions. Cependant, il peut parfois arriver que la nature du travail qu'il accomplit en fasse décider autrement et c'est ainsi que le contremaître qui remplit une fonction de fabrication délicate nécessitant des connaissances spéciales est un employé (2). Il aura encore cette qualité s'il exerce des fonctions de surveillance ou de direction et s'il est en même temps un agent commercial (3).

Peu importe d'ailleurs le montant du salaire pour faire la distinction. Ainsi est un ouvrier le coupeur aux appointements de 6.000 francs par an (4) ; le correcteur d'imprimerie (5), etc., etc.

En Belgique, les lois de 1900 et de 1921 considèrent les chefs ouvriers et contremaîtres comme des ouvriers appelés à bénéficier de leurs dispositions protectrices.

1892. D. P. 1893. 2. 200. Trib. Comm. Nice, 5 av. 1910. D. P. 1910. 5. 38.

1. Paris, 6 fév. 1930. D. H. 234.

2. Douai, 13 mai 1909. S. 1910. 2. 148.

3. Toulouse, 25 janv. 1910. *Gaz. trib.*, 1^{er} sem. 2. 267.

4. Trib. Comm. Seine, 9 oct. 1888. *Annales de droit Commercial*, 1889. 2. 97.

5. Trib. Comm. Seine, 9 mars 1889. *Ann. de dr. Comm.*, 1889. 2. 199.

C) *Les employés.*

Qu'est-ce qu'un employé ? Le terme en lui-même ne signifie rien. Il aurait peut-être pu avoir un sens assez précis si on avait pris le parti de l'opposer à celui d'employeur par lequel on désigne maintenant couramment et de façon d'ailleurs assez logique la personne qui embauche un travailleur, lui assigne une tâche et lui garantit un salaire. Il aurait été légitime de dire « employeurs et employés » comme disent les allemands en deux termes peut-être moins justes « Arbeitgeber » et « Arbeitnehmer » qui signifient donneur de travail et preneur de travail. L'usage cependant n'a pas adopté cette opposition, parce que le mot employé avait déjà acquis en France un usage courant et que d'autre part, le mot employeur s'oppose au mot salarié pris dans son sens large de locateur de service.

A vrai dire, les employés ou commis peuvent être définis malgré tout : ceux qui, n'étant pas chargés d'un travail manuel, sont engagés par un patron pour l'aider dans l'exercice de son commerce ou de son industrie (1). D'ailleurs, pour plus de précision, on disait très souvent, employé d'administration, employé de bureau, employé de commerce,

1. Sur la jurisprudence afférente à ce point consulter Dalloz, *Rép. prat.*, v^o *Louage d'ouvrage et d'industrie*, n^o 49.

et l'on arrivait ainsi au moyen de ces épithètes à définir ce qu'était un employé.

Le Bureau international du Travail a longtemps hésité à entreprendre les travaux qui sont susceptibles de constituer la base internationale d'une législation sur les employés. Cependant, en 1926, il y fut obligé par l'Association internationale pour le progrès social qui, dans son assemblée de Montreux, s'attacha à formuler un premier catalogue de questions intéressant particulièrement cette catégorie de travailleurs. Elles avaient trait à la réglementation de la fermeture des magasins, au délai-congé, aux clauses restrictives de la liberté d'emploi dans les contrats de travail (c'est la clause dite de non concurrence), à la protection des droits du salarié inventeur (1), etc. On peut retrouver là certaines questions ayant trait aux travailleurs intellectuels et, en effet, la démarcation est parfois difficile à établir entre les deux classes. Les ingénieurs ne sont-ils pas, en Allemagne, par exemple, syndiqués avec les employés techniques de l'industrie. Tout au plus pourrait-on dire, tout en restant dans les limites des usages établis que l'intellectuel est un employé quand il est astreint à un temps de présence fixe et à des heures régulières.

Il existe une autre catégorie d'ouvriers, les employés de commerce et parmi eux ceux surtout qui travaillent dans les moyennes ou petites maisons et

1. Pic, *La protection des droits de l'inventeur salarié*, 1927.

que l'on pourrait appeler encore employés de boutiques, pour lesquels il est important d'établir une réglementation surtout en ce qui concerne les heures de travail qui sont demeurées excessives dans ce domaine. C'est malheureusement très difficile du fait que la plupart du temps le patron, et à côté de lui la femme, les enfants du patron, sont les premiers employés de la boutique. Il est évident que l'on ne peut les empêcher de travailler aussi longtemps que cela leur fait plaisir ou que leur père l'exige ! Et si on le faisait, quelle complication pour l'inspecteur du travail qui serait obligé de constater à chaque instant la véracité de leurs liens de parenté.

La convention qui fut adoptée en 1930 limite à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine la durée du travail dans les bureaux ; mais elle a réservé trois catégories importantes à savoir celles des employés de l'hôtellerie, des employés du spectacle, des employés des services hospitaliers.

Il y a donc beaucoup à faire encore pour régler la situation des employés, mais enfin, c'est déjà un grand point d'avoir pu discerner quels étaient ceux à qui devait s'appliquer ce nom et d'être ainsi arrivé à les protéger sur le plan international.

Il nous faut examiner maintenant avant d'en terminer avec les employés une question d'ordre plus général et d'une portée plus haute qui s'est posée à la suite d'un arrêt de la Chambre des

requêtes le 20 octobre 1907 (1). Il s'agissait de savoir si le mot employé englobe même les employés supérieurs, c'est-à-dire qui exercent une fonction de surveillance, d'inspection ou de direction. Ces derniers pouvaient par exemple avoir grand intérêt à invoquer l'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et des suivantes, attendu que, l'opinion de beaucoup prédominante en doctrine et de plus seule admise par la jurisprudence Française (au contraire de la jurisprudence Belge), est que même depuis la loi de 1898, mais dans les cas non réglés par elle et par celles qui l'ont suivie, le contrat de louage d'ouvrage ne donne pas droit à une indemnité en cas d'accident, s'il n'y a pas eu faute de l'employeur (art. 1382 du C. civ.) et que la preuve de cette faute incombe à l'employé. Cependant, à côté de cet intérêt, il y avait un inconvénient, car l'article 2 de la loi précitée édicte qu'elle doit être applicable à l'exclusion de toutes autres dispositions. Or, comme d'après lui, ceux dont le salaire annuel dépasse 2.400 francs ne peuvent en bénéficier que jusqu'à concurrence de cette somme et que pour le surplus ils n'ont droit qu'au quart des rentes ou indemnités stipulées par l'article 3, ils ne toucheraient alors que de bien modestes indemnités.

Les premiers commentateurs de la loi de 1898 n'ont pas hésité à comprendre dans le mot « em-

1. Cass. Req. 28 oct. 1907. D. P. 1908.1.481.

ployé », même les employés d'un grade plus ou moins élevé : directeurs, ingénieurs, inspecteurs, surveillants (1). Du côté jurisprudentiel, on peut citer un arrêt de la Cour de Chambéry, au point de vue de l'application de l'article 1780 du Code civil en cas de dommages-intérêts pour congédiement brusque, qui considérait comme un employé engagé en vertu d'un contrat de louage de services, l'ingénieur chimiste, appelé à la direction d'une usine, alors même qu'il est chargé d'autre part de son administration sous un rapport commercial, et il ajoute qu'on ne saurait voir en lui un directeur de société révocable « ad nutum... » (2). Dans d'autres cas, au contraire, et notamment dans l'arrêt qui nous occupe du 28 octobre 1907 les tribunaux ont rejeté l'application de l'article 2.

Il importerait donc de faire une distinction parmi les employés au sujet de l'application de la loi de 1898 comme aussi probablement de celles qui suivront. En effet, il avait été dit dans les travaux préparatoires que c'était pour les ouvriers que la loi devait être faite et si on y a compris les employés, c'est parce que l'on a pensé qu'ils pouvaient être, quoique plus rarement, soumis aux mêmes risques et qu'ils ne devaient pas être par conséquent plus mal traités. Mais de là, il ressort bien qu'il faut alors que, sauf bien entendu la nature de leur tra-

1. Loubat, *Traité sur le risque professionnel*. Sachet, *Traité théorique et pratique sur les accidents du travail*, t. 1.

2. Chambéry, 28 fév. 1900. D. P. 1900.2.503.

vail qui diffère, ils puissent être assimilés aux ouvriers et spécialement que leur situation sociale soit la même (1).

Pour faire cette distinction, la Cour de cassation a, dans l'arrêt précité, fourni un principe et elle dit que tous les employés qui seront dans une certaine mesure investis d'un mandat de représenter le patron, qui auront le pouvoir, soit de passer des contrats en son nom, soit de donner des ordres de sa part, resteront en dehors de la loi de 1898 et pourront s'appuyer sur l'article 2.000 du C. civ. pour faire régler en toute liberté par les tribunaux les indemnités auxquelles ils auront droit équitablement.

Ces individus pourront donc être appelés de l'expression caractéristique d'« agents » qui comprendra tous les employés supérieurs, tous ceux qui exercent une certaine autorité dans l'usine ou dans l'établissement : directeurs commerciaux ou techniques, sous directeurs, ingénieurs, inspecteurs etc. On pourra cependant admettre une réserve fondée sur la distinction entre l'accessoire et le principal, c'est-à-dire dans le cas où les fonctions confiées à l'employé réuniront en même temps les caractères d'un travail manuel et d'un certain pouvoir de direction. Par exemple, restera un salarié, celui qui travaillant de ses mains toute la journée a en même temps la mission de diriger

1. Voir D. P. 1898. 4. 49, note 1, n° 5 et suivants.

et de surveiller dans une certaine mesure le travail de ses camarades.

En d'autres termes, on pourrait combiner pour ces employés supérieurs et contrairement à l'opinion de MM. Baudry et Wahl (1) l'application des clauses empruntées au mandat et au louage d'ouvrage, car on peut les considérer à la fois comme des mandataires salariés et comme des locateurs de services.

SECTION III

Bref historique.

L'expression de salarié au sens où nous la prenons aujourd'hui ne s'est guère généralisée que dans les temps modernes ; elle est née de l'obligation dans laquelle se sont trouvés de nombreux individus d'avoir recours à un travail rémunéré pour mener à bien leurs affaires ! Dans l'Antiquité, en effet, si l'on a connu le genre de conventions qui consistait à louer contre un salaire la force de travail humaine, il est facile de se rendre compte que cela n'a pu se produire que d'une façon très vague et sans avoir, en aucune manière, l'importance que ce mode de contrat a acquis aujourd'hui. Si nous étudions ce qui se passait à Rome, nous voyons combien les nombreux autres moyens qui existaient pour un

1. Baudry et Wahl, *Traité du mandat*, n° 390.

individu de se procurer le travail d'autrui laissent peu de place au développement du travail libre.

La locution *locatio operarum* dont s'inspire directement notre « louage de services » ne fut guère usitée par les jurisconsultes romains : car on ne saurait retrouver dans la plupart des conventions existant à Rome cet élément de liberté-essentiel dans la situation du salarié d'aujourd'hui qu'aucune institution humaine ne pourrait forcer à travailler pour autrui, s'il n'y était obligé afin d'assurer sa subsistance. Au contraire, un grand nombre d'individus non seulement des esclaves, mais même des hommes libres, étaient dans l'obligation, qu'ils le voulussent ou non, de fournir leur activité à un maître. S'il en était ainsi, c'était pour plusieurs raisons que nous allons exposer assez rapidement.

Si on met à part l'une des opérations les plus connues qui consistait dans l'achat des esclaves sur le marché, on trouve encore le cas des personnes *in patria potestate*, *in manu* ou *in principio*, qui formaient une grosse partie de la population romaine : elles étaient sous la dépendance complète du chef de famille et il se produisait entre familles riches et familles pauvres des ventes d'enfants, qui se trouvaient ainsi quoiqu'ingénus *loco servorum* dans leur nouvelle famille ; il y avait encore l'adoption qui ne nécessitait pour son accomplissement que les consentements de l'adoptant et du *paterfamilias* dont le fils devenait ainsi, contre son gré, l'aide du premier. On peut citer aussi les esclaves dont l'affran-

chissement s'était effectué en échange de la promesse de fournir des *operae* à leur ancien patron. A leur tour, les Romains *sui juris* sans ou avec peu d'enfants, qui n'avaient ni le temps ni les moyens de procéder à une adoption ou de se procurer des esclaves, pouvaient s'assurer par une *locatio conductio* toutes les forces de travail ci-dessus énumérées. On pouvait ainsi se trouver en face, tout au moins pour les *operae* dues par l'affranchi au patron et que celui-ci louait ensuite contre une *merces*, d'une véritable *locatio operarum* et non plus *locatio rei* car il ne s'agit plus ici de la personne de l'esclave. Il serait cependant osé de voir dans ces affranchis l'équivalent de nos salariés car dans ces conventions le travailleur, s'il était à peu près libre de sa personne, ne l'était pas de ses œuvres, et il ne touchait pas non plus le prix de ses services.

Au temps de l'Empire, vint s'ajouter un autre fait qui n'était pas pour permettre à ceux que nous appelons salariés de se multiplier : un grand nombre d'industries furent érigées en services publics dont le recrutement pouvait se faire aussi parmi les hommes libres, mais d'une manière toute spéciale, *manu militari*, pourrait-on dire, si l'on en croit le mot « militia » souvent employé dans les textes. D'ailleurs une fois l'enrôlement effectué, il devenait difficile de continuer à parler d'hommes libres, car ils restaient attachés perpétuellement à l'emploi, ainsi que parfois leurs enfants. C'est aussi de cette

époque que date le colonat et le colonus était esclave de la terre (1).

Ainsi donc, à Rome, il n'était guère question de travail exécuté volontairement par des citoyens et l'on peut dire que le travail humain était assimilé aux services, rendus par les animaux domestiques et autres instruments de travail (2).

Pourtant, n'était-il pas possible, malgré tout, d trouver des individus vraiment liés par un louage de services, des salariés au sens que nous donnons à ce nom? Sans doute, ainsi que nous l'avons vu, ne peuvent-ils être nombreux et c'est de là que provient sans aucun doute le silence des textes à Rome sur un contrat qui ne pouvait avoir qu'une importance minime. Il y avait bien cependant des hommes libres obligés de travailler et aussi des affranchis qui voulaient occuper les loisirs que leur laissaient les *operae* dues à leur *Juri patronatus*; dans ces cas là c'est bien le travailleur qui loue ses services lui-même et qui en touche le prix, mais du fait que les seconds étaient de beaucoup les plus nombreux il semblait inutile de faire des efforts à propos d'une classe jugée inférieure. C'est dans la condition de ces affranchis que l'on peut entrevoir une étape préliminaire entre le travail des esclaves et le travail libre dont l'origine selon certains romanistes doit être recherchée dans un contrat de droit public ou

1. Girard, *Manuel élémentaire de droit Romain*.

2. A. Deschamps, *De l'expression « locare operas » et le travail comme objet de contrat à Rome* (Mélanges Girardin).

administratif par lequel les magistrats engageaient des hommes libres comme appariteurs car ils ne voulaient pas donner ce poste à des esclaves. C'est en s'inspirant de toutes ces considérations que l'on a pu dire que « même dans l'Antiquité et sous le régime de l'esclavage il y a eu des hommes pauvres mais libres qui louaient leurs bras à un riche en échange d'un certain prix en argent ou en nature et qui par conséquent, rentraient à peu près dans la définition du salarié. Mais c'était là l'exception » (1).

Malgré cela, il existait en droit romain une distinction soigneuse entre la « locatio operis » ou louage d'ouvrages et la « locatio operarum » ou louage de services. Le premier est un contrat par lequel une personne s'engage à exécuter pour une autre un travail ou une entreprise déterminée tandis que dans le second l'ouvrier met au service du patron sa force de travail avec ou sans délimitation de durée. Ils diffèrent encore par le caractère du lien de droit qu'ils établissent entre les parties : le louage de service implique de la part du travailleur une certaine subordination à l'égard du patron qui ne se rencontre point, tout au moins au même degré, dans le louage d'ouvrages (2).

Au Moyen-Age, il en fut à peu près de même que dans l'Antiquité, le servage avait remplacé l'esclavage et bien que n'ayant pas sur leurs serfs les

1. Ch. Gide, *Principes d'économie politique*.

2. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*.

mêmes pouvoirs que les Romains sur leurs esclaves les seigneurs disposaient à leur gré de leur force de travail. Cependant, on peut commencer à voir dans l'industrie naissante des salariés à proprement parler mais qui, à vrai dire, et à cause du peu d'importance de cette forme de production, étaient très peu nombreux chez le même patron et ne pouvaient par conséquent prétendre à une réglementation juridique de leur condition.

Petit à petit, au fur et à mesure de la suppression du servage et surtout du développement industriel et commercial, les patrons se trouvant de plus en plus dans l'obligation de faire appel au travail salarié, il était inévitable que le nombre des individus susceptibles de le fournir allât en augmentant. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de retracer toute l'évolution qui s'est produite sous la Monarchie et qui s'est traduite par une tutelle un peu lourde des pouvoirs administratifs sur les corporations. Quoiqu'il en soit les ouvriers salariés n'étaient toujours point définis juridiquement et leur situation en ce qui concerne leurs rapports avec leurs patrons étaient uniquement réglée par les statuts de la corporation dont ils étaient considérés non pas comme des membres, mais au contraire comme des subordonnés. Sous Henri IV, se créèrent, pour faire face au développement économique des pays, qui s'accroissait sous l'influence de l'amélioration des relations internationales par l'effet des moyens de communication, les premières manufac-

tures. C'est à cette époque, selon M. Sauzet, que se place l'avènement de la grande industrie, le début de la liberté du travail : tout individu pouvait travailler dans n'importe quelle fabrique qui lui plaisait sans autre condition que celle d'être agréé par les patrons, comme cela existe de nos jours (1). Les pouvoirs publics remplacèrent bientôt les statuts des corporations et par des lettres patentes du 2 janvier 1749 étendues aux compagnons de maîtrise par un édit de 1776 établirent une réglementation stricte à l'égard des ouvriers.

Le salariat était né. En 1804, lors de l'élaboration du Code civil, l'absence de concentration industrielle et le développement, malgré tout encore assez faible de la grande industrie, la survivance, à titre d'usages industriels et commerciaux, d'un certain nombre de règles autrefois édictées par les statuts des règlements corporatifs expliquent le quasi-silence de notre Code. En outre, il ne faut pas oublier qu'il existait sous le Consulat toute une législation réglementaire de police industrielle contenue dans la loi du 22 Germinal an XI et dans l'arrêté du 9 Frimaire an XII, qui sur un grand nombre de points suffisait à préciser les rapports entre maîtres et employés et c'est lors de son abrogation en 1890 que devint vraiment saisissante la lacune du Code (2).

1. Sauzet, *Essai historique sur la législation industrielle de la France* (*Revue d'économie politique*, 1892, p. 384).

2. C. Perreau, *Premier rapport à l'Ass. Nat. Française pour la*

Cependant le salariat allait en se développant, séparé par un grand fossé de la classe patronale. Ce développement excita d'abord la méfiance des gouvernements, méfiance suscitant une période d'hostilité à son encontre, qui se prolongea jusque dans la deuxième moitié du xix^e siècle, moment où l'on commença à saisir l'importance de cette classe d'individus nécessaires à la vie d'une nation et dont le nombre allait sans cesse croissant. On se décida alors à assurer et à définir sa condition par des lois appropriées, à en enlever tout aléa par l'octroi de multiples avantages, contres-parties de leur situation restée assez précaire mais dont on peut déjà entrevoir l'affermissement. C'est précisément cette efflorescence de lois protectrices des travailleurs qui nous oblige à définir le salarié juridiquement afin qu'à eux seuls, à l'exclusion de ceux qui grâce à des subterfuges variés veulent en usurper le bénéfice, soient réservés la protection et les avantages de la loi.

protection légale des travailleurs (publication de l'Ass. 4^e série, p. 5).

CHAPITRE II

DE LA NOTION JURIDIQUE DE SALARIÉ

depuis la loi du 3 avril 1898.

*De la distinction entre salarié et entrepreneur.
Etude législative, jurisprudentielle et doctrinale.*

La distinction entre la notion juridique de salarié et celle de petit entrepreneur, qui en est très voisine, est d'une importance capitale car, suivant que l'on classe un individu dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, il en résulte pour lui des conséquences tout à fait différentes.

C'est de plus celle qui a donné aux tribunaux l'occasion d'exercer très souvent leur sagacité et l'on peut dire qu'en cette matière ils sont arrivés à établir, après quelques tâtonnements, une jurisprudence cohérente et continue. Nous verrons d'ailleurs, que si à l'heure actuelle elle reste toujours exacte au point de vue juridique, elle gagnerait cependant à être élargie pour épouser plus étroitement le point de vue social. Les lois d'après-guerre ont en effet essayé de faire aux individus salariés, c'est-à-dire à ceux dont le travail est l'unique moyen de subsistance une situation qui va s'améliorant de

plus en plus ; il serait donc injuste de persister à laisser en dehors de leur application des travailleurs qui, quoique ne répondant pas exactement au critérium jurisprudentiel, n'en sont pas moins dignes de bénéficier des faveurs du législateur.

Nous allons donc passer en revue les lois ouvrières qui se sont succédées depuis la fin du xix^e siècle et chemin faisant, nous relèverons toutes les différences que les tribunaux ont dégagées à propos de leur application.

Mais tout d'abord, il importe de bien marquer pourquoi il est utile de distinguer le salarié de l'entrepreneur et pour cela il faut examiner quelles sont les conséquences qui découlent du louage de services d'une part, et du louage d'ouvrages, d'autre part, au point de vue des droits qu'ils apportent aux travailleurs.

1^o En cas de louage de services, l'ouvrier met sa force de travail et son habileté à la disposition de son patron qui est libre de les diriger dans le sens qu'il lui plaira : l'ouvrier est par rapport à lui dans un état de subordination qui lui ôte toute initiative et le met dans l'obligation d'obéir aux ordres qu'il reçoit. Dès lors, la loi du 3 avril 1898, par exemple, s'appliquera sans aucune difficulté puisqu'elle est basée sur ces deux éléments : contrat de travail et dépendance de l'employé.

S'il y a louage d'ouvrages, le travailleur est simplement tenu de fournir à son patron un ouvrage terminé et ce dernier n'a en principe aucun ordre à

lui donner sur la façon dont il doit exécuter son travail : donc, ici, il semble bien qu'il n'y ait aucun élément de dépendance caractérisant la situation de l'ouvrier par égard au patron et ainsi la loi de 1898 n'est plus applicable ;

2^o Il est de règle, en cas de louage de services, d'accorder aux ouvriers le bénéfice du délai-congé institué par l'article 1780 du Code civil et même des dommages-intérêts s'il n'est pas observé ; lorsqu'il s'agit de louage d'ouvrages, au contraire, ainsi que cela se pratique pour les ouvriers à domicile, ils peuvent être remerciés du jour au lendemain ;

3^o Dans le louage de services, le patron doit le salaire à l'ouvrier même au cas de perte fortuite de l'objet du travail : celui-ci, en effet, qui est censé travailler sous la direction et la surveillance de son employeur ne peut être rendu responsable d'une perte qu'il n'aurait pu éviter ; il n'en serait pas de même dans le louage d'ouvrages, l'ouvrier n'ayant aucun droit au salaire en ce cas car, n'étant plus sous la surveillance directe du patron, on ne peut plus mettre en avant l'argument précédent : il doit remettre le fruit de son travail et, au cas où il ne remplirait pas son obligation, il ne peut exiger de l'autre partie qu'elle remplisse la sienne ;

4^o Les règles protectrices du salaire ne concernent que le salaire proprement dit, le taux du salaire, et non pas le gain de l'entrepreneur que l'on considère, comme nous le verrons plus loin, être un profit ;

5^o L'action directe de l'article 1798 du Code civil

ne profite qu'aux ouvriers liés par un contrat de travail à un entrepreneur et non au sous-entrepreneur ;

6° Le privilège général établi par l'article 2101 du Code civil, modifié et complété par la loi du 17 juin 1919, au profit de ceux qui louent leurs services, ne peut être invoqué que par ceux qui prouvent qu'il y a un contrat de travail ;

7° La prescription de l'article 2171 du Code civil pour paiement des fournitures et salaires des ouvriers ne concerne pas les sommes dues aux entrepreneurs ;

8° La responsabilité de l'article 1384 du Code civil qui court à l'encontre des commettants pour les fautes commises par leurs préposés, suppose pour entrer en jeu l'existence d'un contrat de travail ; elle ne joue jamais s'il y a contrat d'entreprise ;

9° Nous verrons plus loin, en étudiant la loi du 31 juillet 1917, relative à l'impôt sur le revenu, que les gains résultant du contrat de travail, sont imposés dans une autre cédule que ceux résultant du contrat d'entreprise ;

10° Enfin, quoique ce point puisse sembler douteux, la loi sur les assurances sociales du 5 avril 1928 paraît avoir voulu écarter de sa sphère d'application le contrat d'entreprise ; nous verrons cependant qu'en y admettant les ouvriers à domicile, elle a ouvert la porte à d'autres interprétations.

On a vu, par ce rapide exposé, combien sont nombreux les motifs qui poussent à bien délimiter

le domaine de chacun de ces deux contrats. Au fur et à mesure que nous parcourrons le champ de la législation ouvrière nous examinerons par le détail les idées qui se sont fait jour dans la doctrine à propos de l'application de chaque loi en particulier. Cependant, avant d'aborder cette étude il importe d'exposer l'un des premiers critérium qui ait été soutenu et qui, s'il était un peu trop simpliste, avait du moins le mérite d'être clair et précis. C'est à M. Planiol que revient le mérite de l'avoir établi et voici en quoi il consiste :

On doit s'attacher pour distinguer entre louage d'ouvrages et louage de services au mode de rémunération du travail ; si le salaire est fixé au temps on se trouve évidemment en face du second de ces deux modes de louage, si au contraire il est fixé en tenant compte de l'importance de la tâche accomplie, en un mot, si c'est un salaire aux pièces, on se trouve en face du premier. Cette distinction a été longtemps admise par la doctrine comme étant la seule à laquelle l'on doive se référer et au regard de M. Planiol elle reste toujours la seule valable : il dit, en effet, en propres termes, que le contrat d'entreprise diffère du louage de travail qui est, nous l'avons vu, pour cet auteur, la dénomination scientifique du contrat de travail, en ce que la rémunération du travailleur est fixée d'après l'importance de l'ouvrage au lieu d'être proportionnelle au temps qu'il y emploie ; c'est donc à tort que le Code Napoléon et les législations modernes, se référant au droit romain

font de l'entreprise un cas de louage. On a pris l'habitude de considérer ledit contrat comme la fonction propre et exclusive des patrons qui portent le nom d'entrepreneurs, mais, dit Planiol, on ne s'avise pas que de nombreux individus, sans aucun capitaux, peuvent aussi passer des contrats du même genre car, bien que l'usage se fût répandu, même dans le Code civil, de désigner les patrons par le mot « entrepreneurs », celui-ci a fini tout de même par admettre dans son article 1799 qu'un ouvrier peut passer un contrat d'entreprise ; tel est le cas du serrurier ou du menuisier qui se chargent, chacun en ce qui concerne sa spécialité, de l'aménagement d'une partie d'un établissement : il est entrepreneur dans la part d'ouvrage qu'il fournit ; et même, allant plus loin, pourrait-on dire qu'un ouvrier qui traite, non avec un client, mais avec un patron, pour exécuter un travail à forfait fait un contrat de même nature que celui qu'il passerait avec un client. En d'autres termes, le rôle économique de l'employeur importe peu au point de vue juridique, seul fait loi le mode de rémunération (1).

Comme on le voit, un tel critérium ne laisse place dans son application aux faits à aucune incertitude ; malgré cela il a été presque entièrement abandonné car il ne tient pas assez compte de la complexité des éléments qui donnent à chacun de

1. Planiol, *Traité de droit civil*, t. 11, 8^e édition, nos 1831, 1898 et 1899.

ces deux contrats une individualité propre (1). Il est certain qu'on ne peut contredire M. Planiol lorsqu'il dit qu'un entrepreneur peut être un individu travaillant de ses mains comme un ouvrier, mais on ne voit pas que l'on doive en conclure que la distinction envisagée est fonction du mode de rémunération adopté ; quel qu'il soit, il ne peut faire que la nature du contrat en soit modifiée, il y a dans les deux cas un patron qui commande un travail et un ouvrier qui le fournit, par conséquent au point de vue économique la situation est la même et ce n'est point une classification juridique arbitraire qui la peut modifier. D'ailleurs, il serait très souvent impossible en fait d'arriver à une distinction nette, vu la combinaison fréquente des deux modes de rémunération précités ; les employeurs en effet, ont été amenés à user de ce moyen pour stimuler la capacité productive de leurs ouvriers.

D'autre part, si l'on s'en tient, à la conception ci-dessus laquelle, ne reconnaît qu'il y a contrat de travail que lorsque l'ouvrier est payé au temps, et si d'un autre côté on se laisse tenter par la solution la plus simple qui s'offre à nous pour définir le salarié ; si l'on dit qu'il y a un salarié toutes les fois qu'il y a un patron et un salaire, on est amené à établir parmi ces salariés des différences de condition. Il y a, et nous aurons à nous en occuper assez

1. Voir un arrêt dans lequel il est dit que le travail à la tâche et le travail à la journée donnent lieu tous deux à l'application de la loi du 8 avril 1898 (Paris, 23 mai 1911. S. 1912. 2. 166),

longuement, une catégorie d'ouvriers, les ouvriers et ouvrières à domicile qui sont, à tous points de vue, beaucoup moins favorisés que les autres, c'est-à-dire ceux travaillant au domicile de l'employeur ou sous sa surveillance directe, qui seront encore plus désavantagés juridiquement alors qu'au contraire c'est sur eux que devraient se porter les faveurs de la loi. Si même on va plus loin, et en se référant à ce qui a été déjà dit, ils doivent être regardés non point comme des salariés ayant passé un contrat de travail, mais bien comme des travailleurs liés à leur employeur par un contrat d'entreprise et ainsi complètement en marge de la législation protectrice ouvrière. Cette opinion a d'ailleurs été soutenue et il nous sera nécessaire d'en étudier les éléments.

En examinant plus loin le projet de loi sur le contrat de travail déposé à la Chambre le 2 juillet 1906 nous verrons que la Société d'études législatives avait élaboré un autre critérium de distinction. Elle avait voulu essayer pour répondre à l'objection précédente, de faire cadrer la classification juridique avec le point de vue économique : il y aurait contrat de travail toutes les fois qu'une personne s'engagerait à travailler au compte d'un employeur professionnel et contrat d'entreprise toutes les fois qu'elle ferait des offres de travail au public (Cf. Code civil Suisse).

Quoiqu'à première vue, cette conception puisse paraître séduisante, elle ne laisse pas que d'être

assez imprécise. Il n'est besoin pour s'en rendre exactement compte que de citer les exemples suivants ; un entrepreneur professionnel veut faire installer la lumière électrique dans son usine, pour cela il s'adresse à un ouvrier spécialisé qui fera un devis et amènera d'autres ouvriers ; nul doute qu'il n'y aura point là un contrat de travail mais bien un contrat d'entreprise ressortissant des articles 1787 et suivants du Code Civil. Inversement on peut citer le cas du commissionnaire qui fait des offres au public et qui cependant ne peut pas être considéré comme un entrepreneur.

Il faut donc essayer de trouver une autre distinction qui tout en étant nette et précise, atteindra le but que s'étaient déjà proposé les deux critères précédents : faire concorder les classifications juridiques avec les classifications économiques. Comment s'y est pris la jurisprudence pour mener à bien cette tâche et faire une construction logique ? Elle a élargi petit à petit la notion de louage de services de façon à y faire entrer toute la classe de la société communément connue sous le nom de salariés ; pour cela il lui a fallu rétrécir d'autant le cadre du louage d'ouvrages, beaucoup trop vaste auparavant puisqu'il permettait de considérer comme entrepreneurs de simples ouvriers, en y laissant seulement subsister des personnes auxquelles leur situation et surtout les capitaux dont il leur était possible de disposer permettait d'appliquer en toute sûreté le nom d'« entrepreneurs ».

Ainsi que nous l'avons dit au début de ce chapitre, il est très intéressant de suivre dans les détails cette œuvre complexe de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine qui n'a pas cessé de se modifier pendant tout le début du ^{xx}^e siècle pour se maintenir en concordance avec les modifications qu'à subi le milieu économique et social. Depuis la guerre de 1914 surtout, la législation ouvrière a pris un développement et une importance qui vont sans cesse grandissants et elle est devenue la principale préoccupation des gouvernements ; on ne peut évidemment nier l'utilité et le bien fondé de cette orientation qui a atteint son développement maximum avec la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales.

SECTION I

La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail:

La loi du 9 avril 1898, la première en date de cette longue série, est d'une très grande importance et son étude est des plus profitables pour l'intelligence de notre sujet, car c'est à son propos que les tribunaux ont eu à définir le plus souvent ce qu'est un salarié.

Elle est basée, avons-nous dit, sur deux éléments : l'existence d'un contrat de travail d'une part et d'un lien de dépendance d'autre part.

En effet, les premières décisions que l'on peut

relever en la matière proclament toutes la nécessité d'un contrat de travail ; le principe du risque professionnel établi par la loi de 1898 implique la preuve préalable d'un contrat de travail entre le chef d'entreprise et l'ouvrier victime d'un accident (1), contrat qui par sa nature même, comprend la stipulation implicite ou explicite d'une rémunération au profit de l'ouvrier (2). Si donc l'ouvrier donne un coup de main par complaisance sans stipulation de salaire, il ne peut y avoir contrat de travail (3). Il a été jugé de même qu'un ouvrier ayant embauché la victime d'un accident n'avait pas acquis de ce chef à son égard la qualité d'un chef d'entreprise assujetti à la loi de 1898 : il s'agissait, en l'espèce, d'un groupement d'ouvriers mettant en commun le profit de leur travail et celui qui avait embauché n'avait sur les autres aucun droit de surveillance et de direction ; à supposer donc que cet engagement ait eu lieu en vertu d'un contrat de travail, une action dirigée contre ce dernier ne pouvait être recevable ; ce n'était d'ailleurs pas le cas car, d'après les constatations faites par les juges, les ouvriers ne travaillaient pas en qualité de salariés mais bien au contraire en qualité d'associés (4).

1. Cass., 2 décembre 1901, S. et P. 1902.1.181 ; 27 juillet 1903, S. et P. 1905.1.270.

2. Sachet, *Traité de la législ. des Acc. du Trav.*, 5^e édit., n° 159.

3. Cass. reun., 8 janvier 1908 (deux arrêts), S. et P. 1911.1.25.

4. Poitiers, 10 février 1909, S. 1911.2.82 et Cass. Req. 2 mars et 8 avril 1910. S. 1911.1.187.

On a pu dire qu'un ouvrier qui avait entrepris un travail à la tâche, moyennant un prix déterminé par tonnes, n'était pas lié par un contrat de louage de services, mais ces deux circonstances n'auraient pas été déterminantes, car, ainsi que nous l'avons déjà dit, le travail à la tâche ne confère pas *ipso facto* à celui qui le fournit le nom d'entrepreneur ; s'il demeure, dans l'exécution de son travail, soumis à la direction et à la surveillance du maître de l'ouvrage, il est un préposé et il a passé un contrat de travail (1).

De cette nécessité de la présence d'un contrat de travail ou louage de services il a été déduit aussi qu'un militaire mobilisé, appelé à travailler à l'extérieur sous les ordres d'un chef d'entreprise, ne faisait qu'accomplir un devoir spécial prescrit par la loi aux exclus et ne pouvait par conséquent réclamer le bénéfice de la législation des accidents du travail (2).

Une telle condition n'a pas encore été jugée suffisante, il fallait de plus qu'en exécution de ce contrat, l'ouvrier ait été occupé effectivement dans l'établissement industriel, qu'il ait été soumis aux ordres de l'employeur pour l'exécution du travail et placé sous son entière dépendance au point de vue technique (3). Ainsi, un ouvrier travaillant à la tâche, avec facilité de se faire aider par d'autres individus

1. Bordeaux, 24 février 1913. S. 1913.2.251.

2. Grenoble, 23 janvier 1918. S. 1920.2.79.

3. Sachet, Op Préc.

de son choix, doit être considéré non comme un entrepreneur ou un tâcheron, ce qui aurait pour résultat de l'exclure de la loi de 98, mais comme un ouvrier, tout au plus contremaître s'il recevait les ordres de son maître au sujet de ses déplacements professionnels, et s'il travaillait sous la surveillance et suivant les instructions d'un préposé de ce maître qui lui fournissait en outre presque tout son matériel (1). En sens contraire, d'ailleurs, l'ouvrier travaillant à ses pièces, avec ses outils et dans l'atelier d'un tiers (une carrière en l'espèce), sans surveillance de l'entrepreneur, ne peut invoquer à son encontre la loi sur les accidents du travail ; il eut fallu pour cela qu'il eût été lié à lui par un contrat de louage d'ouvrages le mettant sous sa surveillance ; ainsi, doit être considéré comme simple chef ouvrier ou contremaître, celui qui, sans être intéressé aux résultats de l'entreprise, ne reçoit qu'un salaire fixe et n'a pas juridiquement la responsabilité des ouvriers qu'il dirige (2).

On commence dès maintenant à bien voir l'injustice qu'il y aurait eu à conserver comme critérium de distinction le mode de rémunération adopté. On en serait arrivé à mettre sur un pied d'inégalité vraiment choquant deux catégories d'individus dont les conditions d'existence sont identiques et qui sont exposés aux mêmes dangers, puisque la différence

1. Amiens, 20 mars 1900, D. 1900.2.268.

2. Douai, 25 juillet 1900, Toulouse 3 décembre 1900, D. 1901.2.155 ; Paris, 21 juillet 1900, D. 1901.2.156.

dans le calcul de leur salaire ne les empêchait pas de travailler côte à côte à une besogne commune. La question d'ailleurs ne garde plus qu'un intérêt théorique, depuis que la jurisprudence, adoptant les critiques précédemment développées, l'a définitivement abandonnée. Elle s'est attachée de bonne heure à l'élément de subordination qui unit le travailleur à son patron : si l'ouvrier est sous sa dépendance technique, peut importe que le salaire soit payé au temps ou à la tâche, il y a louage de services : si au contraire cet élément fait défaut on se trouvera en présence d'un contrat d'entreprise.

Que fallait-il entendre par dépendance technique ? Dans un arrêt de la Cour de Cassation, nous voyons que ne peut être considéré comme salarié celui qui travaille pour le compte d'une autre personne, mais à ses pièces, à son gré, sans recevoir d'elle aucun ordre, ce qui ne le met pas sous sa dépendance. Peu importe qu'à un moment donné, il ait accepté et suivi la direction de cette personne si c'est par un acte de libre volonté (1). Il semble, en s'inspirant de quelques autres décisions (2), que pour pouvoir parler d'une telle dépendance il faut que l'ouvrier travaille en tous lieux où il est sous les ordres de son patron et sous sa responsabilité. Si l'exécution du contrat ne comporte point sa présence dans un

1. Civ. cass., 6 août 1902. D. 1902. 1. 579 ; Pau, 12 décembre 1910, S. et P. 1911 247.

2. Ch. réun., 1^{er} avril 1903, *Gaz. Pal.*, 1903. 1644 ; Cass. Req., 10 déc. 1902. S. 1903. 1. 335.

lieu où le patron peut le surveiller, ainsi que cela arrive couramment dans certains travaux payés à la tâche, ou à forfait, ou dans des entreprises de marchandage, il ne saurait être question de rendre ce dernier responsable de l'accident survenu, car il n'y a plus dépendance technique (1). A *contrario*, tous les ouvriers qui sont effectivement occupés dans les établissements visés par l'article 1 de la loi de 1898 sont couverts par elle alors même que leur travail serait sans danger : scribe, garçon de magasin, etc, etc...

Il ne faut pas se dissimuler que c'est là une définition un peu étroite et susceptible de donner lieu dans son application à d'insolubles questions de fait. Si cependant elle a été adoptée un temps par la jurisprudence c'est parce que théoriquement elle avait le mérite de la netteté et de la précision. Elle fait bien disparaître les inégalités qu'aurait fait naître entre les ouvriers le critérium basé uniquement sur le mode de rémunération, mais elle laisse néanmoins subsister la discrimination injuste entre les ouvriers travaillant chez le patron lui-même et ceux qui sont obligés de se rendre au dehors.

M. Cuche a vivement critiqué cette jurisprudence : elle repose, dit-il, sur une notion inexacte du risque professionnel. Si on accorde le bénéfice de la loi seulement aux travailleurs qui sont sous le contrôle, la direction et la surveillance du patron, on veut

1. Sachet, Op. préc.

par là même dire que ce dernier n'est responsable que des accidents qu'il a provoqué ou aurait pu empêcher ; on revient donc à l'ancienne idée de faute en oubliant que l'accident du travail devient désormais une conséquence découlant normalement du fait que l'on exploite une entreprise industrielle ou commerciale. Il était donc inutile et même faux de faire intervenir cette notion de dépendance technique impliquant une direction et une surveillance du patron au lieu d'une notion de dépendance économique basée sur ce fait que le travail a été exécuté pour son compte et dans l'intérêt de l'exploitation (1). Il est juste de reconnaître que si la jurisprudence avait voulu appliquer strictement ce critérium, elle aurait été dans l'obligation de laisser en dehors de la sphère d'application de la loi de nombreux cas où l'on ne pouvait dire que le travailleur était sous la dépendance technique du patron eu égard au sens que l'on donnait à cette expression.

D'ailleurs, l'étude de quelques arrêts rendus en la matière montre bien que cette notion subissait de nombreuses entorses par la pratique. Ainsi, d'après une décision assez connue, les cochers de la compagnie générale des voitures à Paris devaient être considérés comme ayant contracté avec elle un louage de services alors même qu'ils travaillent à la moyenne, c'est-à-dire qu'ils doivent verser à la compagnie, quelles qu'aient été leurs recettes, une somme fixe,

1. P. Cuche, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, *Revue critique*, 1913.

déterminée à l'avance. La compagnie alléguait que le contrat intervenu entre elle et ses cochers avait le caractère d'un louage de choses : la chose était représentée par la voiture louée et le prix consistait dans la différence entre la moyenne versée par le cocher et la recette réellement effectuée par lui. Pour réfuter cette argumentation, la Cour de Cassation s'est appuyée sur le fait qu'il existait entre les deux parties un lien de subordination, car la compagnie imposait à ses cochers une livrée, leur allouait des gratifications et avait installé en leur faveur une caisse de retraites (1). Dans une espèce à peu près identique, des décisions de 1^{re} instance et d'appel indiquent très clairement que le cocher conduisant des voitures à taximètre pour le compte d'une compagnie, n'est pas un associé mais qu'il est à son service, sous ses ordres et ne peut être considéré que comme un préposé, comme un salarié (2).

On peut citer encore des arrêts intervenus à propos d'accidents arrivés à des ouvriers pendant le trajet qu'ils faisaient pour se rendre chez le client ou à son domicile (3) ; à propos des commis-voyageurs et des accidents de transports (4).

Il devient difficile de continuer à regarder un critérium avec la même confiance quand il ne con-

1. Cass., 23 juin 1903. S. 1904, I. 487.

2. Cass. civ., 22 fév. 1909. S. 1910. I. 441.

3. Cass., 13 fév. 1906. D. P., 1908. I. 159 ; 17 juillet 1907 et 6 août 1907. D. P. 1908. I. 218.

4. D. P., 1906, 4. 116, note 9, n° 8.

serve plus qu'une existence de façade. Il fallait donc aller plus loin et se référer à un autre élément susceptible de laisser une plus grande latitude d'appréciation. La lecture des arrêts précédents montre quelle est l'idée nouvelle que les tribunaux entendaient mettre en œuvre ; c'est l'idée de la subordination personnelle qu'ils appliquent encore de nos jours.

Désormais, pour que la loi de 98 soit applicable, il faut toujours, bien entendu, que la profession de la personne assignée soit assujettie au risque professionnel, mais il faut de plus que l'ouvrier ou l'employé se trouve sous la subordination de son patron, exécute ses ordres et travaille selon les directives qu'il lui trace (1).

La combinaison de l'ancienne nécessité de l'existence d'un contrat de travail et de cet élément nou-

1. Cass. req., 16 juil. 1914. S. 1915. I. 14.

Dans le même sens un arrêt de Cass. dit que la loi de 98 peut être invoquée exclusivement par un salarié et ses représentants vis-à-vis du chef d'entreprise et que notamment le sous-entrepreneur ou le tâcheron victime d'un accident ne peut s'en prévaloir vis-à-vis de l'entrepreneur principal. De même des ouvriers du sous-entrepreneur n'ont d'action que contre celui qui est chef d'entreprise. Dans l'espèce ci-dessus la C. Cass. a constaté que le demandeur, au lieu d'être payé à la semaine comme un ouvrier, était payé après exécution des travaux selon leur importance au moyen de traites tirées par lui sur le patron, lesquelles portaient un timbre indiquant sa qualité d'entrepreneur de parquets et rabottage : de là il résulte qu'il travaillait au mètre et employait ses enfants et des ouvriers étrangers, dont il assumait la responsabilité et n'était pas fondé à invoquer la loi de 98 à l'encontre de l'entrepreneur principal pour l'accident survenu à son fils. (Cass. req., 10 déc. 1902. S. 1903. I. 335.

veau de subordination personnelle se retrouve dans tous les arrêts ; il suffira de citer ici un arrêt de la Cour d'Amiens où sont bien marqués ces deux caractères. Cette Cour a refusé d'accorder le bénéfice de la loi sur les accidents du travail à un apprenti jockey qui l'invoquait à l'encontre d'un entraîneur ayant pour mission de lui apprendre le métier (1). A l'appui de sa thèse, la Cour invoque que le contrat intervenu entre eux est un contrat *sui generis*, forfaitaire, d'autre part, elle se base sur l'absence de tout lien de subordination. Nous n'avons cité cet arrêt que pour bien faire voir l'importance attachée par la jurisprudence à ces caractères car, en l'espèce, les motifs cités pour démontrer leur absence ne sont pas bien déterminants. En effet, le contrat d'apprentissage est assimilé par la dite loi au louage de services en ce qui concerne son application (2). D'un autre côté, la Cour s'est basée sur cette assimilation pour dire que tout lien de subordination faisant défaut dans les rapports du jockey et de son entraîneur ou propriétaire, il doit faire aussi défaut chez l'apprenti ; point n'était besoin d'aller chercher si loin car en principe, il est évident qu'un apprenti, dans n'importe quel métier que ce soit, est nécessairement subordonné au patron qui a accepté de lui enseigner la profession.

Avec cette nouvelle définition, qu'est devenue la

1. Amiens, 2 nov. 1920. S. 1922. 2. 109.

2. Sachet, Op. préc. t. I, n° 175 ; Cabouat, t. I, n° 263 et 278.

notion de salarié et quelles transformations a-t-elle subi? Elle a eu d'abord l'avantage, en élargissant cette notion, de permettre l'application de la loi à des catégories d'individus qui en étaient auparavant écartés. Elle donnait en même temps la possibilité d'en exclure des travailleurs que l'opinion publique s'accorde à ne point reconnaître pour des salariés, l'avocat, le médecin, le professeur et plus généralement toutes les professions libérales et artistiques. Malgré tout, la jurisprudence ne pouvait se décider à y faire entrer les travailleurs à domicile. En effet, si avec le nouveau critérium adopté, il devenait possible, sortant du cadre étroit de la dépendance technique, de déclarer la loi applicable aux accidents survenus à des ouvriers travaillant pour le compte de leur patron en dehors de son établissement, il fallait que ce ne fut là qu'un fait accidentel et qu'il ne s'agisse pas d'un ouvrier exécutant ordinairement son travail à domicile. Cette tendance, d'ailleurs, se retrouve encore et nous aurons l'occasion d'en parler, dans l'application de l'article 1780 du Code civil sur le délai-congé en cas de louage de services, ce qui revient à dire implicitement qu'ils ne peuvent conclure un tel contrat.

Depuis le début du xx^e siècle, la loi sur les accidents du travail a vu son champ d'application augmenter considérablement. Elle a été étendue aux entreprises commerciales par la loi du 12 avril 1906, aux entreprises agricoles par la loi du 5 août 1922 et aux gens de maison par la loi du 2 août 1923.

Quand il s'est agi de déterminer les caractères auxquels devait se reconnaître les nouveaux assujettis, la jurisprudence n'a pas changé de point de vue.

Au sujet de l'application de la loi du 2 août 1923, par exemple, il a été jugé que la dame de compagnie attachée à une personne frappée de cécité ne peut en bénéficier. En effet, le rapport d'E. Lacrolle du 26 décembre 1914 parlait de domestiques, etc... de salariés à un titre quelconque, ce qui aurait englobé secrétaires, dactylographes... et autres de même nature, mais les termes « de même nature », ont été remplacés par « du même genre à un titre quelconque », ce qui a pour effet de les en exclure. Cela s'explique du fait que ce sont des fonctions exclusives de toutes les idées de domesticité d'abord, et de travail manuel ensuite, qui sont à la base de la notion de risque professionnel. (1).

En ce qui concerne les entreprises agricoles, l'article 11 de la loi du 15 décembre 1922 dit que « sont assimilés aux ouvriers agricoles » au point de vue de l'application de la loi, ceux qui n'étant pas petits patrons, sont occupés par des entrepreneurs ou des particuliers à l'entretien et à la mise en état des jardins. Ces termes, qui doivent être pris dans un sens large, impliquent donc une responsabilité spéciale de tous les particuliers en sus de celles qu'ils encourent au sujet de leur personnel domestique. Mais là, encore, il faut que la vic-

1. Trib. Civ. Dieppe, 5 juill. 1928 (recueil Dr. Comm. et Soc 1929. P. 3).

time de l'accident soit liée au propriétaire par un contrat de louage de services et non par un contrat d'entreprise, en un mot soit un salarié ; la responsabilité ne peut exister que si celui qui l'encourt a la direction ou la surveillance du travail (1). Par conséquent, si la victime s'est chargée du travail en qualité de petit patron l'article 11 ne saurait être invoqué (Cass. civ. 29 avril 1929) : est un contrat d'entreprise et non un contrat de louage de services celui par lequel un individu habitué à ce genre de travaux, accepte d'entreprendre, pour un propriétaire qui n'a pas les connaissances techniques nécessaires, de soigner son jardin, d'en élaguer les arbres, qui est payé à forfait et a fait ce travail à son idée, sans intervention du propriétaire. Il n'y a donc entre eux aucun lien de subordination.

Il est inutile de citer d'autres exemples, ils ne feraient que confirmer encore plus la théorie jurisprudentielle qui est d'ailleurs approuvée par la majeure partie de la doctrine (2).

1. *Id* , p. 279.

2. Voir cependant pour bien se rendre compte de la continuité de la jurisprudence un jugement choisi parmi beaucoup d'autres du même sens (Trib. civ. de la Creuse, 16 avril 1930. D. H. 454.

SECTION II

Le projet de réglementation du contrat de travail de 1906.

Entre temps, la Société d'études législatives avait élaboré un texte dont nous avons déjà eu l'occasion de dire un mot et qui a été nettement adopté par le gouvernement dans un projet de loi déposé à la Chambre le 2 juillet 1906 par le ministère Sarrien. Il laissait entièrement de côté le mode de rémunération et ne faisait aucune distinction entre travaux manuels et travaux intellectuels. Il était très long puisqu'il contenait primitivement cinq titres et cinquante-six articles, mais il fut considérablement réduit à la suite de l'examen qu'il eut à subir de la part de la Commission du travail de la Chambre qui se contenta d'en retenir les dispositions nécessaires pour parer au plus pressé et de renvoyer le reste à des discussions postérieures. Le texte de la Commission diffère de celui du gouvernement en ce sens qu'après avoir reproduit la définition du contrat de travail déjà donnée, il l'oppose au contrat d'entreprise ou d'industrie, qu'il définit comme étant celui passé par les individus qui offrent leur travail non à un ou à plusieurs employeurs déterminés, mais au public.

Ainsi que l'on peut s'en rendre compte à première

vue, cette compréhension du contrat d'entreprise empiète considérablement sur le domaine du contrat de travail, puisqu'elle a amené à considérer comme petits entrepreneurs ceux qui travaillent pour le public et non pour le compte d'un employeur professionnel, alors que cependant ils restent bien des salariés puisque leur travail s'effectue sous les ordres et selon les directives de ceux qui le leur fournissent

Ce critérium a d'ailleurs été l'objet de vives discussions à l'Association Nationale pour la protection légale des travailleurs, qui d'un autre côté cependant se trouvait parfaitement d'accord avec la Commission de la Chambre sur les deux points suivants, à savoir :

1^o Que le mode de rémunération ne pouvait influencer sur la nature du contrat ;

2^o Qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre les arts serviles et les arts libéraux.

Cela est dit très nettement dans le rapport de M. Perreau, du 2 décembre 1907, et dans ceux de M. Groussier, des 18 décembre 1907 et 11 janvier 1908. Dans ces derniers, il faut noter l'hostilité que marque leur auteur contre la tradition prétendue du Droit romain qui veut que les contrats concernant les professions libérales et intellectuelles soient des mandats ; nous ne faisons qu'indiquer ce point, car on le retrouvera en traitant de la distinction entre le salarié et le mandataire.

Nous extrayons les passages suivants du rapport

de M. Pérreau, précité : « Le contrat de travail ne sera pas toujours et nécessairement conclu entre un patron et un ouvrier d'industrie ; les relations contractuelles qui s'établissent entre un employeur et un employé de commerce ou de l'agriculture, entre un serviteur à gages et celui qui le rétribue, entre un directeur de théâtre et la troupe qu'il engage, entre un avocat et la Compagnie dont il dirige le contentieux, ou entre un médecin et l'hôpital auquel il est spécialement attaché ne sont pas de nature différente ; tous ces contrats, aussi bien que celui qui intervient dans les rapports d'un employeur, et d'un employé de l'industrie, rentreront dans la notion de contrat de travail (p. 18) ».

« Il y aura contrat de travail, toutes les fois que l'une des parties s'engagera à fournir du travail à un ou plusieurs employés déterminés, quelle que soit la nature de ce travail, manuel ou intellectuel, agricole, commercial ou rentrant dans l'exercice de ce que l'on appelle les professions libérales, quelle que soit aussi la manière dont sera fixé le salaire, d'après le travail lui-même ou d'après ses résultats, au temps, à la tâche ou aux pièces (p. 19) ». Il faut rechercher si l'une des parties peut ou non, à raison des circonstances et particulièrement de la continuité des rapports économiques, être considérée comme étant au service de l'autre, si l'une des parties peut être envisagée comme ayant vis-à-vis de l'autre la situation d'un employé vis-à-vis de son employeur. Dans ce cas, il y a contrat de travail ».

De son côté, M. Groussier a beaucoup insisté sur ce fait que la nature des travaux ne devait entraîner aucune différence. Dans la discussion qui suivit la lecture des rapports, l'affirmation des deux idées préconisées par eux se fait de plus en plus sentir ; d'autre part, M. Perreau ainsi que le révèle une discussion qu'il eut avec M. Beckman, ne voulait pas qu'interprétant trop strictement les termes de son rapport, l'on rejettât du contrat de travail les ouvriers à domicile, et c'est pourquoi l'Association n'adopta pas les termes de l'article 1^{er} de la loi belge du 10 mars 1900, ainsi conçu : « Le contrat par lequel un ouvrier s'engage à travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance d'un chef d'entreprise ou patron.... » Si, dit en substance M. Perreau, le travail à domicile était resté comme sous l'ancien régime le travail de l'artisan pour le public, on pourrait sans crainte et sûrement refuser de le comprendre dans le contrat de travail mais, autant au point de vue de l'avantage de l'ouvrier pour la commodité de sa vie familiale, qu'à celui de l'avantage du patron et ici pour des causes plus ou moins équitables telles que le désir de laisser les risques de chômage à la charge de l'employé, de se décharger sur lui de l'achat et de l'entretien d'une partie de l'outillage ou de l'avance du capital et surtout d'échapper à la surveillance de l'Inspection du travail à propos de l'application de la législation protectrice des travailleurs, ont fait se généraliser cette sorte de travail, dans certaines branches de la pro-

duction industrielle. Voilà pourquoi il faut, lorsqu'il s'agit d'une réglementation du contrat de travail, y faire rentrer les ouvriers à domicile car c'est à leur sujet précisément que doivent se craindre tout particulièrement les abus auxquels on a donné le nom de « sweating system » : il faut donc en ce qui les concerne distinguer : s'ils offrent leur travail au public, ce sont alors des artisans et non des salariés ; si au contraire ils travaillent en même temps avec un employeur, c'est seulement à propos de ces derniers contrats qu'ils tombent sous le coup de la réglementation. Toutes ces questions ont d'ailleurs déjà été maintes fois étudiées par bon nombre d'auteurs, c'est pourquoi il suffit d'en indiquer la teneur pour aider à l'intelligence de notre étude sans qu'il soit utile d'y insister bien longuement.

Il est encore intéressant de rappeler les discussions qui se sont élevées sur le critérium de la distinction entre contrat de travail et contrat d'entreprise et nous allons voir s'affronter ici les deux auteurs précédemment cités qui se séparent sur ce point. Nous avons déjà fait ressortir les puissants intérêts qu'il y a à séparer ces deux notions, en effet, cela revient à se demander quelles sont les limites du contrat de travail. Quel est le stade où l'individu cesse d'être un salarié pour devenir un petit entrepreneur ?

Que disait à ce sujet le projet de loi de 1906 ? « Ne sont pas soumis aux dispositions du présent article les contrats passés par les personnes qui offrent

leur travail, non à un ou plusieurs employeurs déterminés, mais au public ». La Commission du travail de la Chambre s'empara de ce texte et elle donnait, incorporée à l'article 1779 du Code civil, la définition suivante de ce qu'elle appelait le contrat d'industrie : « Le contrat d'industrie est celui passé par les personnes qui offrent leur travail, non à un ou plusieurs employeurs déterminés mais au public ». Quoique fortement préconisée par M. Perreau, elle ne prévalut pas et fut remplacée à l'Association nationale par un texte proposé par M. Grousier : « Le contrat d'entreprise est celui passé par les personnes qui emploient le travail d'autrui à l'exécution du contrat ». En disant cela il semblerait donc qu'il veuille se rallier à une opinion déjà soutenue par Aubry et Rau, MM. Sachet et Boissard, d'après laquelle l'entrepreneur se distingue du salarié en ce qu'il réalise directement un profit, Cf. M. Boissard, dans le contrat de travail et le Salariat, p. 88 et 89. Nous avons dit que le salarié dans une entreprise donnée est celui qui, quelle que soit sa situation, modeste ou lucrative, très étroitement subordonnée ou au contraire relativement indépendante, reçoit en contre-partie de son apport-travail, une rémunération forfaitaire, périodique et soustraite, au moins partiellement, aux aléas de l'entreprise, tandis que l'entrepreneur est celui qui seul ou avec quelques autres s'est réservé les profits, plus ou moins grands, suivant les temps, de son affaire. Cette opinion a d'ailleurs été adoptée

par la jurisprudence dans plusieurs arrêts (1).

A l'appui de sa thèse, M. Groussier, avait fourni l'argumentation suivante : il y a aussi des ouvriers travaillant pour le public, l'ouvrier peintre qui va chez le particulier, la femme de ménage et le travail domestique proprement dit, la lingère qui se rend à domicile (2). D'après M. Perreau, le projet de la Commission était préférable, cependant il est impressionné par les arguments précédemment énumérés et plus particulièrement celui de la lingère qui va faire des journées. En faveur du texte de la Commission du travail de la Chambre, il ressort de ses deux rapports à l'Association pour la protection des travailleurs que s'appuyer sur le fait qu'une personne travaille pour le public, c'est dire aussi bien qu'entre les deux parties il n'y a aucun lien de subordination ni de dépendance et dès lors le critérium du contrat d'entreprise s'adapte à merveille avec le critérium du contrat de travail que nous avons vu se dégager de la jurisprudence afférente à la loi de 1898. Malgré cela, il a été violemment attaqué de toutes parts comme étant trop vague, trop indécis et comme étant appelé à faire naître de perpétuelles contestations.

Tout à l'heure, nous avons dit que d'après le texte de la Commission de la Chambre, le contrat

1. Trib. Civ. Saint-Etienne, 21 déc. 1911. *Gaz. Pal.*, 10 janv.

1912. Trib. Civ. de Versailles 1^{er} déc. 1911. *Gazette du Palais*, 1911. 2557 et notes. Trib. de Versailles 23 oct. 1911. *Gaz. Pal.*, 2470. Cass. Civ. 6 août 1902, Préc.

2. *Contrat de travail et Code Civil*, p. 141 et suiv.

d'entreprise empiète sur le domaine du contrat de travail, mais il faut remarquer pour être complet que la réciproque était aussi vraie. L'ouvrier aux pièces ou à domicile qui était auparavant regardé comme un entrepreneur d'ouvrage devient un travailleur ordinaire ; la théorie des risques des articles 1788 et suivants du Code civil lui devient inapplicable. De même, le fait par l'ouvrier de fournir tout ou partie de la matière première n'influera plus sur la nature du contrat comme sous l'empire de l'article 1781. L'article 2 du projet de loi applique en ce cas la théorie de l'accessoire, ce qui est important au moment où le travail à domicile prend une si grande extension et où certains tribunaux se refusent à y voir un véritable contrat de travail. Si la matière est considérée comme l'accessoire, le caractère primitif du contrat n'en sera pas altéré, telle une ouvrière qui, comme cela se passe dans l'industrie du vêtement, fournirait la doublure ; dans les autres cas, il y aurait au contraire vente commerciale ou contrat d'industrie (art. 1787 du C. civ.) (1).

La question que nous venons de voir n'a plus à l'heure actuelle qu'un intérêt théorique mais elle mérite cependant d'être étudiée car elle montre bien l'intérêt que l'on y a attaché depuis le début du siècle, intérêt qui n'a fait que grandir sans cesse.

Avec la loi sur les retraites ouvrières et paysannes nous allons examiner le critérium de la dépendance

1. Chambon, *Le projet de loi sur le contrat de travail*.

économique que certains auteurs estiment avoir fait sa première apparition à cette époque là et qui a été immédiatement aussi vivement critiqué que fortement défendu.

SECTION III

La loi sur les retraites ouvrières et paysannes.

Lorsque le 5 avril 1910 fut promulguée la loi sur les retraites ouvrières et paysannes, la question de la détermination de la notion juridique de salarié sur laquelle l'accord n'avait encore pu se faire malgré toutes les tentatives doctrinales et les constructions de la jurisprudence se posa avec une acuité renouvelée. On s'entendait bien à peu à près sur le lien de subordination qui devait nécessairement exister entre le salarié et son employeur pour qu'il y ait contrat de travail, mais la question était restée malgré tout délicate en ce qui concerne la manière dont il fallait le comprendre:

La loi de 1910 dit en effet, que sont assujettis aux versements pour la retraite tous les salariés, c'est-à-dire tous les individus ayant passé un contrat de travail (titre I, art. 1).

Elle entendait donc mettre à la base de tout son système le contrat de travail (1), en disant que

1. Ne peuvent être admis au bénéfice de l'assurance obligatoire que les salariés, c'est-à-dire que les personnes liées à un

seraient assurés obligatoires tous les salariés, définissant ainsi cette notion par le fait que les titulaires devaient avoir passé un contrat de travail, mais en même temps elle faisait surgir une nouvelle complication en nommant dans le dernier alinéa de l'article 2 du titre 1 comme assurés obligatoires, les individus qui travaillent à façon, aux pièces, à la tâche ou à domicile et en prévoyant que leur situation serait fixée par un règlement d'administration publique. Voilà donc une catégorie que nous avons appris à considérer comme en dehors du louage de services au point de vue de la loi sur les accidents du travail ainsi que de l'article 1780 sur le délai congé et que nous sommes maintenant obligés d'y faire entrer au point de vue de l'application de la loi de 1910.

Voyons un peu comment, lors de la loi, on a été amené à cette conception nouvelle. Il est d'abord un point certain, c'est que le législateur a voulu insérer dans les cadres de la loi tous les salariés, à l'exception uniquement de ceux visés par son article 10

employeur par un contrat de travail (Trib. de P. de Saint-Etienne, Canton Nord-ouest, 7 août 1912, D. P. 1914, 5. 24.

N'est pas un salarié au sens de l'article premier et par suite ne doit pas être inscrit sur la liste des assurés obligatoires, l'étudiant en droit qui est attaché comme clerc à l'étude d'un avoué et qui exerce cette fonction non pour se procurer des moyens d'existence, mais uniquement en vue de se préparer à une profession libérale, étant bien entendu de plus que les modestes rémunérations qu'il reçoit au cours de ce stage ont le caractère de simples gratifications (Civ. 24 mars 1912 D. P. 1912 1.300.

contenant l'énumération de catégories d'individus qui quoique ne pouvant être exclus de la définition de l'article 1^{er} ne sont néanmoins pas assujettis à la présente loi, car ils ont droit de par une législation et une réglementation particulières à des retraites supérieures à celles qu'elle prévoit (les agents, employés et ouvriers de l'Etat, etc., etc.). Il résulte donc de la définition qui vient d'être donnée que ceux qui ont passé un contrat d'entreprise sont exclus de la loi ; là encore, nous retrouvons une preuve de l'intérêt puissant qui peut exister à distinguer nettement ces deux contrats si l'on veut sortir d'une incertitude et aussi d'un arbitraire dangereux.

Lorsque fut discutée la loi à la Chambre et au Sénat, un grand nombre de questions furent posées au Gouvernement et en particulier à M. Viviani, alors ministre du Travail, en vue de savoir si telle ou telle classe de travailleurs devait être considérée comme des salariés au sens que la loi donnait à cette expression ? Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer combien dans certains cas, il est difficile de se rendre compte si l'on se trouve en face de salariés ou de petits entrepreneurs et il en est ainsi par exemple pour les tâcherons, les ouvriers travaillant à domicile, les représentants de commerce, les cochers de remises au sujet desquels nous avons cité à propos de la loi de 98 quelques décisions de jurisprudence, etc. Distinction rendue surtout extrêmement délicate du fait que ces différents personnages

peuvent se présenter à nous sous des caractères différents et que leur situation peut être variable suivant les espèces. M. Viviani se refusa à donner toutes les réponses nécessitées par ces questions sous le prétexte qu'un ministre ne saurait prendre ainsi des responsabilités juridiques qui pourraient être ensuite écartées par les tribunaux. Devant ce laconisme, il faut donc s'en tenir aux termes de la loi et il suffit de noter que les apprentis en seront exclus, attendu qu'ils ne sont pas liés par un contrat de travail et ne reçoivent point de salaire.

On peut se demander pourquoi l'on a réservé une place spéciale et un règlement d'administration publique aux travailleurs à domicile. Cela résulte d'un amendement de M. Pauliat (*J. O. Sénat*, 21 déc. 1909, p. 1177) et vu sa place que l'on ne pouvait s'expliquer, on était assez perplexe sur le sens à lui attribuer; ce doute fut levé par le ministre du Travail qui a indiqué que le règlement devait « d'abord établir et fixer certaines catégories qui sont à la frontière de la loi parce qu'en effet il peut se produire, suivant les conditions du contrat, que certains qui à première vue n'apparaissent pas comme tels, sont cependant des salariés. Puis le règlement aura à déterminer les conditions dans lesquelles jouera le prélèvement ». D'ailleurs en cas de contestation il appartenait aux tribunaux de statuer comme précédemment. De toutes manières et ainsi que le promettaient les travaux préparatoires, tous les salariés doivent effectuer des versements

(règlement d'administration publique, décret du 25 mars 1911).

En étudiant les solutions appliquées à propos de la loi sur les accidents du travail nous avons vu que le critérium qui s'était peu à peu dégagé des décisions de la jurisprudence, à l'effet de savoir si l'on se trouve en face d'un contrat de travail ou louage de services par opposition au louage d'ouvrage reposait tout entier sur l'existence de l'élément de dépendance et de subordination qui doit toujours se retrouver chez le premier ; or, selon une remarque déjà faite, la loi de 1910 étant basée sur le contrat de travail et acceptant en même temps dans ses cadres les ouvriers à domicile, on est fondé à se demander si le législateur en plaçant dans le texte de loi cette catégorie d'individus à part, n'a pas entendu faire ainsi une distinction entre eux et ceux qui travaillent dans l'établissement patronal, ou si au contraire il a entendu les faire rentrer normalement dans le champ du contrat de travail. C'est cette dernière solution qui doit prévaloir, ainsi que l'a montré l'étude des travaux préparatoires. Mais alors que devient la construction jurisprudentielle ? Elle paraît devenir notoirement insuffisante car où trouver dans le contrat qui unit à son patron le travailleur à domicile ce lien de dépendance et de subordination personnelle indispensable pour déterminer si l'on a à faire à un salarié bénéficiant de la protection des lois ouvrières ou à un entrepreneur qui en est exclu ; en effet, celui qui travaille à domicile

reçoit son ouvrage du patron et n'est tenu que de le rendre à une époque fixée ; c'est là sa seule obligation et pour le reste il peut mener son travail à sa guise.

C'est alors que se présente à l'esprit cette idée de dépendance économique qui tout en étant assez lâche et en ayant besoin d'être précisée et fixée par la jurisprudence, permet de compléter le critérium qui avait régné jusqu'alors.

Essayons de définir la notion de dépendance économique. M. Cuche qui est un de ses plus fervents défenseurs nous dit que pour pouvoir parler de la présence d'un tel lien entre les parties, il faut que deux conditions au moins soient réalisées :

1^o L'employé doit tirer de son travail son principal moyen d'existence, c'est-à-dire qu'il doit lui être nécessaire pour vivre et que sa rémunération ne doit pas être de beaucoup supérieure à ce dont il a besoin pour sa subsistance et celle de sa famille.

2^o Il faut que l'employeur utilise intégralement et régulièrement l'activité de celui qui la fournit, c'est-à-dire que lui demandant tout son temps, il prenne pour lui tous les produits de son travail et ne lui laisse pas ainsi la possibilité d'offrir ses services à d'autres que lui.

Après avoir tenté par cette définition de préciser l'idée de dépendance économique, M. Cuche entreprend de l'appuyer par des décisions de jurisprudence qui ont fait dépendre la nature du contrat du besoin que le prestataire du travail avait de toucher

un salaire (1). Or, quelle est la différence qui sépare l'ouvrier à domicile des personnes dont il est question dans les jugements précités ? C'est que contrairement à elles il remplit parfaitement et ce, dans la presque totalité des cas, les deux conditions énumérées pour qu'il y ait dépendance économique : le patron utilise toute sa force de travail et il ne vit que de son salaire. Mais si sa situation s'améliore petit à petit, s'il arrive à avoir un outillage assez important et assez perfectionné pour lui permettre d'obtenir un rendement supérieur à celui des autres ouvriers exerçant le même métier, s'il peut ainsi se dresser devant l'employeur comme quelqu'un dont ce dernier a besoin et si ses gains sont de beaucoup supérieurs à ce qu'il lui faut pour vivre, nous franchissons alors les limites du contrat de travail et nous nous trouvons en face d'un entrepreneur ainsi qu'en a décidé l'arrêt déjà cité en note du tribunal de Saint-Etienne du 21 décembre 1911.

Ainsi, étant arrivé à ce point de notre sujet nous avons pu nous faire une idée des deux critères qui se partagent la matière ; les uns, nous l'étudierons plus loin à propos de la loi sur les assurances sociales, prétendent s'en tenir à la conception d'un élément de dépendance et de subordination personnelle de l'ouvrier envers le patron, d'autres, au contraire, veulent aller plus loin et se servent d'une

1. Trib. civ. de Montmédy, 15 juillet 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2. 450. Trib. civ. d'Orléans, 22 septembre 1911, *Gaz. Pal.*, 1911.2. 527.

définition plus large, encore assez vague il est vrai, mais que la jurisprudence se doit de modeler et de préciser de telle sorte qu'elle englobe nettement toutes les catégories économiques auxquelles elle doit s'appliquer. Ce n'est pas, dans l'esprit de ces derniers, qu'il soit nécessaire pour qu'il y ait contrat de travail que l'élément de dépendance économique ainsi qu'il a été défini plus haut, doive toujours être présent. Il peut y avoir, et nous en avons rencontré des exemples en étudiant les travaux de l'Association nationale pour la protection légale des travailleurs au sujet du projet de loi de 1906, des cas de subordination sans dépendance économique : en effet, reprenons l'hypothèse de la lingère dont M. Groussier s'était déjà servi contre le texte de la Commission soutenue par M. Perreau, qui, prisonnier de son raisonnement, était obligé de la considérer comme un entrepreneur du fait qu'elle offrait ses services au public. En cette circonstance, et si l'on s'inspire du critérium unanimement admis en jurisprudence, il est très net qu'il existe entre cette lingère et les personnes pour qui elle travaille un lien de subordination qui lui donne le caractère d'une salariée liée par un contrat de travail. Ici donc, point n'est besoin de faire intervenir une idée de dépendance économique puisque l'on a pu arriver autrement à déterminer sa situation et que, d'autre part, si l'on se trouve bien dans les termes de la première partie de la définition précédente, la deuxième fait défaut,

à savoir la permanence et la régularité de l'employeur.

Mais s'il peut en être ainsi lorsqu'il s'agit de la loi de 1910 qui réserve expressément les droits des ouvriers à la tâche ou aux pièces et des travailleurs à domicile, il n'en va plus de même pour la loi sur les accidents du travail et s'obstiner, comme le fait la jurisprudence, à ne faire intervenir que le premier critérium, c'est enlever à cette loi une grande partie de son efficacité, c'est créer entre les travailleurs des inégalités artificielles, puisque ne reposant sur aucune base solide et que l'employeur retire autant et même plus de profit du travail fait à domicile, car ses risques et ses obligations se trouvent de ce fait considérablement diminués. En toute justice, et du moment que l'ouvrier serait à même d'établir une corrélation suffisante entre le travail et l'accident, la loi de 1898 devrait lui être applicable.

A l'heure actuelle, la jurisprudence aussi bien pour l'application des deux lois précitées que pour toutes celles si nombreuses qui constituent la législation protectrice du travail, s'en tient encore à cette idée : il est nécessaire pour qu'il y ait contrat de travail que l'ouvrier soit dans un état de subordination personnelle. La majorité des auteurs s'est contentée de cette solution qu'elle estime logique, en effet, si l'entrepreneur est celui qui a la direction et le contrôle du travail dont il tire un profit, il est normal à leur avis que ceux qui travaillent sous

sa direction et son contrôle, les salariés, lui soient unis par un lien de dépendance et de subordination, entendu au point de vue juridique, de sorte que pour que l'on puisse parler de contrat de travail il faut que le travailleur ait accepté la direction de l'employeur et qu'il soit effectivement son subordonné (1).

SECTION IV

Les autres lois moins importantes.

§ 1. — Les lois sur la saisie-arrêt des salaires et des petits traitements.

(Lois du 12 janv. 1895, 27 juill. 1921 et 24 août 1930).

Avec ces lois, pour qu'une saisie spéciale aux salaires et petits traitements puisse être valablement faite sur la personne d'un débiteur, il faut que celui-ci appartienne à la catégorie des ouvriers, gens de service, employés et commis.

« Les salaires des ouvriers et gens de service, les appointements des employés ou commis sont saisissables jusqu'à concurrence du dixième sur la portion inférieure ou égale à 15.000 francs » (art. 61, livre 1 du Code du travail). Ces dispositions ont d'ailleurs été étendues sous les mêmes conditions aux fonctionnaires par l'article 1^{er} de la

1. Consulter à ce sujet, A. Martini, *La notion du contrat de travail*. Thèse, Paris, 1912.

loi du 24 août 1930 : « Les dispositions de l'article 61 sont applicables aux salaires, appointements et traitements des fonctionnaires ».

Ces derniers ont donc fait l'objet d'une réglementation à part qui, vu l'analogie des situations, s'imposait, mais ils n'en sont pas pour cela assimilés aux précédents. Par contre, et c'est bien un fait nouveau, l'article 61 du livre 1 du Code du travail dans sa dernière rédaction, met sur le même plan, confond pour ainsi dire, les ouvriers ou les gens de service, les employés ou commis. En effet, la loi du 12 janvier 1895 faisait bénéficier de la saisie spéciale les ouvriers et gens de service quelque soit leur salaire, tandis qu'elle exigeait pour les employés et les commis que leurs appointements ne dépassent pas 2.000 francs par an. A ce point de vue, pour résoudre la question de savoir si le débiteur, objet d'une saisie-arrêt, est un ouvrier ou un employé, il y a lieu de considérer non le mode de rémunération mais la nature du travail. Dès lors le mécanicien, conducteur de locomotives, prenant part à l'exécution matérielle d'un travail industriel est un ouvrier et la loi de 1895 est applicable (1).

L'assimilation complète se fit avec la loi du 27 juillet 1921 qui soumit ces différentes sortes de travailleurs aux règles de la saisie spéciale lorsque les salaires ne dépasseraient pas 6.000 francs. La loi du 4 août 1930 n'a fait que confirmer le principe

1. Cass. civ., 12 juill. 1921. D. P. 1925.1.47.

déjà posé et s'est contentée, vu la considérable augmentation des salaires qui aurait eu pour résultat de laisser la loi sans effet, de rehausser le maximum légal à 15.000 francs.

Au regard de cette dernière loi, sont donc considérés comme des salariés les ouvriers, les gens de service et les employés ou commis. Les deux premières catégories renferment des individualités qui sont trop connues pour avoir besoin d'être expliquées et précisées; quant aux derniers termes, ils doivent être entendus dans un sens très large et ils doivent englober toute personne qui s'est engagée à faire un travail manuel ou intellectuel sous la direction et l'autorité d'un employeur au lieu d'être restreints à ceux qui font les travaux intérieurs dans les entreprises commerciales, bancaires, etc. ou à ceux qui font des opérations commerciales pour le compte de leur patron.

• Pourront donc ainsi bénéficier de la loi les employés de tramways ou autres moyens de transports, les garçons de magasin, etc... De même, le personnel rétribué par une personne administrative, mais qui n'a qu'un lien précaire avec elle du fait qu'il ne fait pas encore partie des cadres où il n'est que stagiaire, bénéficiera de la saisie spéciale si la nature de ses services permet de le classer dans les catégories précédemment énumérées.

Fait à remarquer : pour qu'elle puisse être invoquée par les travailleurs à domicile il faut qu'ils ne soient rémunérés de leur travail que par un seul

fabriquant auxquels ils sont subordonnés, sinon ils doivent être considérés comme des artisans ou des petits patrons.

A ces diverses conditions, on a ajouté, pour que la loi puisse être applicable, l'existence d'une certaine continuité du travail pour le compte d'un même employeur, car toutes les fois qu'elle est absente, le travailleur qui reçoit son salaire de plusieurs, n'est effectivement sous la subordination d'aucun. Ainsi, l'intermittence serait un signe d'indépendance et elle serait par conséquent exclusive de la loi. Il suffit cependant que la continuité du travail, en ce qui concerne la femme de ménage par exemple, existe au regard des journées successives et non d'une seule journée : du fait qu'elle n'a travaillé qu'accidentellement, elle ne s'est pas pliée à une direction et elle ne fait pas partie des gens de service. Elle sera plutôt comparable au petit patron ou à l'artisan (1).

Cette conception nous paraît erronée. En effet, elle va à l'encontre du but même de la loi qui doit être envisagée au point de vue social et humanitaire et qui par conséquent n'a pas pu vouloir que l'on s'arrête à de telles considérations. Il n'y a dans ce fait de la discontinuité du travail chez un même employeur aucune raison valable pour faire rejeter le travailleur dans l'aléa du droit commun. D'ailleurs il n'en reste pas moins vrai que le travail quoique

1. Milhaud, *La saisie-arrêt des salaires et petits traitements*.

exécuté chez des patrons différents, sera effectué sous la direction de celui qui l'aura commandé et le rémunérera : l'intermittence ne peut être le signe certain, le critérium de l'indépendance, car une même ouvrière, une lingère ou une couturière qui viendra travailler à domicile pourra garder sa méthode de travail, qu'elle reste attachée pendant longtemps à la même personne ou que ce ne soit qu'accidentel. Dans les deux cas, elle pourra soit travailler à sa guise si le patron lui en donne licence, soit au contraire exécuter son travail selon ses strictes indications.

§ 2. — Les lois sur le privilège des employés
et gens de service.

A) *La loi du 6 février 1895* a eu pour but d'étendre en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, le privilège de l'article 549 du Code de commerce aux commis attachés à une ou plusieurs maisons de commerce, sédentaires ou voyageurs. Ce privilège datait de la loi du 23 mai 1838 et avait été élargi par celle du 4 mars 1889, mais une nouvelle loi était encore devenue nécessaire du fait des modifications qui s'étaient produites dans leur situation. Pour stimuler l'activité de leurs agents, les maisons de commerce avaient été obligées de leur allouer, en plus de leurs appointements fixes par mois, des commissions et des tant pour cent sur les affaires qu'ils avaient traitées.

Est-ce que, nonobstant ces nouveautés, les commis étaient restés des salariés surtout lorsqu'ils travaillent pour le compte de plusieurs maisons ? La jurisprudence avait répondu négativement à cette question (1).

C'est cette réponse que la loi nouvelle est venue condamner en spécifiant que l'article 549 du Code de commerce, était applicable aux commis-voyageurs ou sédentaires, attachés à une ou plusieurs maisons. Mais elle n'a pas poussé son extension aussi loin que d'aucuns l'auraient désiré car elle a écarté de son domaine d'application les courtiers et représentants de commerce. Cette solution tenait à ce que les premiers sont toujours, même les plus humbles et les plus modestes, des commerçants ayant un cabinet et payant patente. Quant aux représentants de commerce, quoique la question fut plus délicate, ils ont été écartés pour la même raison.

Si l'on a inséré dans la loi les termes « attachés à une ou plusieurs maisons » c'était pour couper court à toute nouvelle interprétation contraire de la part des tribunaux. Le commis peut-être attaché à plusieurs maisons sans perdre pour cela la qualité de salarié. Peut-on dire que l'employé de banque sédentaire qui, pour augmenter ses faibles ressources, tient pendant ses heures de liberté la comptabilité de quelques établissements, n'est plus un salarié ? Cette idée assurément ne viendrait à l'esprit

1. Trib. Comm. Seine, 27 janv. 1857, 1^{er} mai 1857 ; Paris 21 juin 1887, S. 1888 ; 2. 188 ; Paris 17 février. 1892, S. 1894, 2. 179.

de personne. Il doit en être de même pour le commis qui voyage au compte de plusieurs maisons vendant chacune des articles différents, qui est sous les ordres de chacune en ce qui les concerne et qui a traité librement avec elle. Au surplus, il serait inadmissible que les maisons qui voient leurs frais de voyage diminuer du fait qu'elles ont un même agent et que d'autre part, ce dernier voit par là sa situation rendue plus précaire (1), soient traitées plus favorablement. On a fait militer aussi en leur faveur les arguments suivants, à savoir que celui qui est obligé de travailler pour plusieurs maisons est un besogneux qui essaie de suppléer à la qualité de l'ouvrage par sa quantité et que le traitement par commissions qu'il reçoit est plus aléatoire qu'un traitement fixe (2).

B) *La loi du 17 juin 1919* modifiant l'article 549 du Code de commerce et complétant le paragraphe 4 de l'article 2.101 du Code civil.

Le privilège de l'article 2.101 4^o du Code civil jusque là restreint au salaire des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû pour l'année courante est étendu aux appointements de tous ceux qui louent leurs services, pour une durée de six mois. Il est donc à partir de cette loi, suffisant d'être lié au débiteur par un contrat de louage de services, pour pouvoir en revendiquer le privilège.

M. Poulle, dans son rapport au Sénat disait :

1. Rapport Legrand, Sénat.

2. Rapport Guillemin, Cham. des Dép.,

« Désormais, tous ceux qui louent leurs services et qui ont pour commettants ou patrons des non-commerçants, clercs d'officiers ministériels, professeurs d'établissements privés, secrétaires, précepteurs, etc., que la jurisprudence actuelle ne considère pas comme susceptibles d'être rangés dans la catégorie des gens de service, pourront bénéficier du privilège de l'article 2.101 4^o du Code civil ». En effet, d'après la jurisprudence, les mots gens de service ne désignent que les serviteurs ou domestiques attachés à la personne. Or, il existe toute une catégorie de travailleurs non moins intéressants que les domestiques, gagnant parfois de moindres appointements, qui ne peuvent invoquer l'article 2.101 et ne sont nullement protégés contre l'insolvabilité de leurs employeurs parce qu'ils ne répondent pas à la conception que l'on se fait des gens de service. Parmi ceux à qui a été refusé le bénéfice de ce privilège, nous pourrions citer : les professeurs attachés à une maison d'éducation, les précepteurs, les bibliothécaires, les clercs de notaires, d'avoués, d'huissiers, d'agréés ; les rédacteurs de journaux, etc.

Il faut bien se garder de prendre le mot « appointements » dans un sens strict et nier ainsi que le nouveau texte ne puisse s'appliquer aux salaires des ouvriers ni contester désormais que les artistes des théâtres et spectacles publics pour lesquels la nature du contrat qui les lie à l'entrepreneur de spectacles pouvait encore faire naître des difficultés, puissent revendiquer le privilège de l'article 2.101 4^o. Cela

tient à ce que les deux catégories précitées sont expressément nommées par l'article 549 du Code Comm. comme devant bénéficier du privilège qu'il établit et que la loi étend à ces bénéficiaires les dispositions de l'article 2.101.

Auparavant et du fait que les lois sur les privilèges sont d'interprétation stricte, les termes de l'article 2.101 4^e ne visant que les gens de service, il en résultait que le privilège établi par le Code de commerce en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, au profit des ouvriers et employés, ne pouvait s'exercer au cas de déconfiture d'un non commerçant ou même d'un commerçant non déclaré en faillite ni admis à la liquidation judiciaire. Cette anomalie qui avait été vivement critiquée, a été effacée par l'article 2.101 4^e nouveau, qui parle des « sommes pour lesquelles un privilège est établi par l'article 549 du code du commerce ».

D'autre part, les modifications apportées à ce dernier article tel qu'il avait été rédigé par la loi du 6 février 1895 sont les suivantes :

1^o Le privilège qu'il institue est étendu aux artistes dramatiques et autres personnes employées dans les spectacles publics. Nous verrons qu'il leur avait été refusé par une jurisprudence contestable de la Cour de Cassation se fondant sur ce que le contrat qui intervient entre eux et leur directeur est un louage d'industrie et c'est ce qui explique qu'ils soient nommément visés dans la loi, car on a eu peur que l'expression « à tous ceux qui louent leurs services »

ne suffise pas à réagir contre cette tendance. On peut consulter à ce sujet dans les rapports de M. Pouille au Sénat, les hésitations du Comité de législation commerciale qui avait voulu d'abord restreindre l'application de la loi aux artistes employés au mois ou à la semaine pour en venir finalement à abandonner toutes distinctions.

2° Le privilège de l'article 549 est étendu de même à tous ceux qui louent leurs services afin de mettre un terme aux difficultés qu'avaient fait naître sa rédaction primitive qui ne parlait que des ouvriers et des commis.

3° La loi du 17 juin 1919 a innové encore sur un autre point important dans la question qui nous intéresse. Nous avons vu en étudiant la loi du 6 février 1895 que le privilège de l'article 549 avait été accordé aux commis attachés à une ou plusieurs maisons de commerce, sédentaires ou voyageurs ; par la présente loi il est accordé aussi aux placiers et représentants de commerce, de fabrique et d'industrie.

On sait que lors du vote de la loi de 1895, les représentants de commerce en avaient été exclus malgré de nombreuses demandes et cela avait donné lieu à de vives protestations notamment de la part de l'union syndicale des voyageurs de commerce. Depuis cette époque, maintes propositions de lois avaient été formulées qui étaient restées sans résultat. A ce propos, il peut être utile, pour aider à l'intelligence de notre étude, de dire quelques mots

de celle de M. de Boury, en date du 19 juin 1911 : ce dernier réclamait aussi une extension plus grande de la loi en la limitant toutefois aux représentants de commerce et de fabrique travaillant seuls et n'ayant à leur service aucun employé.

Pour justifier son projet, il établissait entre les intermédiaires de commerce des distinctions assez judicieuses car il existe entre eux certaines différences qui se sont traduites par des appellations diverses : placiers, voyageurs, courtiers, commissionnaires, représentants.

Le placier est chargé de visiter la clientèle de son patron sur la place même où est établie la maison et il touche pour cela une rémunération fixe accompagnée d'un tant pour cent sur les affaires. Le voyageur est celui qui dans les mêmes conditions voyage de ville à ville ; ce sont ces deux sortes d'individus qui avaient déjà été visés par l'article 549 du Code de commerce.

Mais il existe aussi des commissionnaires qui traitent les affaires à eux confiées soit en leur propre nom, soit au nom de leurs commettants. Les courtiers de commerce qui s'entremettent entre les parties pour réaliser les affaires mais ne contractent pas eux-mêmes : leur situation a été fixée par les articles 94 et 95 du Code de commerce et par la loi du 18 juillet 1866, ce sont des commerçants et ils ne pouvaient par conséquent invoquer le bénéfice du privilège de l'article 549 puisqu'ils ne sont pas liés par un contrat de louage de services. Restent enfin

les représentants : ils ne traitent pas les affaires en leur nom, mais pour le compte de plusieurs commettants; ils ont une attache fixe avec une ou plusieurs maisons qu'ils représentent pour certaines affaires dans une région déterminée à l'exclusion de toutes autres. Ils étaient considérés comme des mandataires salariés, c'est à-dire comme faisant acte de commerce, l'article 549 ne pouvait donc leur être applicable. C'est à cette situation que l'on voulait trouver un remède et dans ce but on faisait valoir les raisons suivantes : « Nombreux sont les hommes qui, sans frais de route, sans appointements, ayant simplement en poche la carte d'un certain nombre de maisons, vont de ville en ville, de région en région, artisans courageux de notre prospérité commerciale, touchant pour toutes rétributions de leurs peines une commission ou remise sur les affaires faites, et qui ne sont, ni plus, ni moins, que des travailleurs modestes à qui l'on veut confier le titre lourd de commerçant ». Cependant, si ces objections sont vraies et même frappantes en ce qui concerne certains représentants, il ne faut pas oublier qu'à côté de ceux-ci, s'apparentant d'assez près aux commis voyageurs, il en existe qui sont au contraire de très importants personnages à la tête de véritables maisons de commerce. C'est pourquoi, si l'on veut aboutir à une solution équitable, il faut établir une discrimination entre eux et réserver le privilège de l'article 549 aux représentants travaillant eux-mêmes et sans aucun employé.

Le Comité de législation commerciale avait, lui aussi, élaboré un projet qui s'inspirait à peu près des mêmes idées que le précédent, mais à la restriction formulée par M. de Boury à propos de l'extension du privilège aux représentants, il ajoute encore l'obligation pour ceux-ci de ne traiter aucune affaire pour leur compte personnel.

Ni la Chambre, ni le Sénat, lorsqu'il s'est agi de voter la loi du 17 juin 1919 n'ont tenu compte de ces restrictions et l'article 549 du Code de commerce a été étendu à tous les représentants sans exception, motif pris de ce que, d'une part, le fait de travailler avec un employé ne peut changer le caractère du contrat qui lie le représentant et que, d'autre part, s'il traite pour son compte personnel, il devient un commerçant. Il ne reste plus maintenant en dehors de la loi que les courtiers et les commissionnaires, et nous connaissons les raisons qui les en ont fait exclure.

Pour déterminer les cas où il y a louage de services et dans lesquels par conséquent les articles 2101-4^o du Code civil et 549 du Code de commerce sont applicables, la jurisprudence s'est attachée au critérium déjà adopté lors de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail (1).

1. Cass., 8 juil. 1924, S. 25.1.183.

§ 3. — Les lois sur les Conseils de Prud'homme

(lois des 27 mars 1907 et 3 juillet 1919).

Nous avons déjà marqué les points importants de cette loi en étudiant les différences entre les diverses sortes de locateurs de services et notamment entre ouvriers et employés.

L'expression louage d'ouvrage dont se sert l'article 1^{er} de la loi du 27 mars 1907 doit être entendue dans son sens le plus large et ne pas être prise uniquement dans celui de contrat d'entreprise. A la Chambre en effet, il a été maintes fois parlé de contrat de travail et ce à propos surtout des représentants et voyageurs de commerce même attachés à plusieurs maisons ou payés à la commission, qui ayant été reconnus passer un tel contrat sont justiciables du Conseil de Prud'homme (1). D'ailleurs, aucun doute ne saurait subsister lorsque l'on a pris connaissance du rapport présenté à la Chambre visant les individus soumis à cette juridiction : « La loi s'applique notamment aux travailleurs des industries extractives : mines, minières et carrières, aux travailleurs des entreprises de transport : chemin de fer, tramways, omnibus, voitures, bateaux omnibus, batelleries, aux travailleurs des entreprises de manutention, sur terre, sur les voies navigables, dans les ports, aux employés de l'industrie, du

1. Cham. Doc. parl. S.O., 1907. p. 207.

commerce, de la banque, de la finance, aux représentants et voyageurs de commerce, aux placiers, aux garçons de magasins ou de bureaux, aux garçons livreurs et aux garçons de recettes, aux préparateurs et garçons de laboratoires et de pharmacies (à l'exclusion des élèves en pharmacie), au personnel des théâtres et concerts : artistes, choristes, musiciens, machinistes et employés : donc, en définitive, aux travailleurs de toutes catégories qui se rattachent au commerce et à l'industrie (1). A ce sujet, une seule restriction a été faite par le Sénat, relative aux marins du commerce, non parce qu'ils ne passaient pas un contrat de travail mais parce qu'il semblait difficile d'organiser le mode d'élection de cette catégorie et de préciser la compétence territoriale des conseils à leur égard ; un projet de loi spécial devait donc être nécessaire (2).

Si nous examinons quelques décisions de jurisprudence, nous voyons que les tribunaux ont entendu se référer à la notion de contrat de travail pour affirmer la compétence prud'hommale. D'après la Cour de cassation en effet, les conseils de prud'homme ne sont compétents que pour statuer sur les difficultés qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de louage d'ouvrage intervenu entre les patrons et ceux qu'ils emploient, leur juridiction exceptionnelle ne peut s'étendre à des cas autres que ceux prévus par

1. Consulter également le rapport Strauss, Sénat Doc. Parl. S. E. 1906, p. 21.

2. Voir rapport Strauss, précité.

la loi (code du travail, livre 4, art. 1^{er}). En conséquence, lorsqu'il résulte des constatations souveraines des juges du fond qu'un représentant à la commission pour diverses maisons de commerce a offert à un commerçant de lui prendre des collections afin d'en trouver le placement pendant une tournée, qu'il était rémunéré par une commission sur les marchés et qu'il organisait sa tournée à sa guise, sans recevoir aucun ordre ni aucune directive du commerçant auquel il n'était subordonné sous aucun rapport, c'est à bon droit qu'un jugement décide que la juridiction des prud'hommes est incompétente pour connaître du litige qui s'est élevé entre ce commerçant et ce représentant (1). De même, la subordination du travailleur à celui qui l'emploie étant, d'après la jurisprudence, la condition essentielle du contrat de travail, il s'ensuit qu'elle est aussi incompétente à propos d'une contestation qui s'est élevée entre un fabricant et un ouvrier avec lequel il a traité à forfait, qui travaille aux pièces, à sa guise et sur lequel il n'a aucune autorité (2).

§ 4. — La loi du 31 juillet 1917,
et l'impôt cédulaire sur les traitements et salaires.

En étudiant les difficultés auxquelles a donné lieu la détermination de la sphère d'application de l'ar-

1. Cass. civ., 8 févr. 1926. S. 1926.1.176; voir aussi Cass. civ., 18 oct. 1910. S. 1911.1.48. et Cass. civ., 7 nov. 1922. S. 1924.1.69.

2. Cass. civ., 23 nov. 1926. S. 1927.1.24.

ticle 30 de cette loi, on remarque combien de jour en jour la notion de salarié peut subir des variations et peut s'agrandir sous diverses influences et notamment ici sous celle des lois fiscales.

On peut se faire une idée de ces difficultés par la lecture des rapports présentés au Sénat et aussi plus particulièrement celui de M. Dumesnil à la Chambre des Députés du 22 février 1917. Plus particulièrement ce dernier disait : « On remarquera que l'article 30 ne soumet pas seulement les professions libérales à l'impôt, mais aussi les charges et offices et toutes les occupations et exploitations lucratives. Il est équitable que les professions commerciales qui à l'encontre des professions libérales et offices ministériels sont affranchis de la patente soient désormais taxées ; ainsi, les gens de lettres, artistes, membres du Clergé, etc., supporteront l'impôt pour ces revenus. De même le fermier général qui ayant pris à bail des domaines ruraux, les fait exploiter par des métayers ».

L'article 23 de la loi du 31 juillet 1917 assujettit à l'impôt cédulaire un certain nombre de revenus du travail et elle vise expressément entre autres les salaires, désignant plus particulièrement la rémunération du travail manuel des ouvriers. Mais sont aussi imposables les appointements, terme qualifiant plus spécialement la rémunération des employés du commerce ou de l'industrie et des individus qui sont au service des particuliers, les gages des domestiques, etc... Cette même loi avait fait rentrer à tort

dans la cédule des bénéfices commerciaux les gains des petits faconniers et artisans, la loi du 30 juin 1923, s'appuyant sur ce fait qu'ils ne sont généralement pas commerçants, les comprend exceptionnellement dans la cédule des salaires. Cette solution, critiquable par ailleurs, puisqu'ils ne sont en aucune manière des salariés liés par un contrat de louage de services ne saurait être regardée que comme une mesure de politique parlementaire et n'aurait pu en aucune façon nous intéresser si elle n'avait fait prévaloir, à son insu peut-être, la considération de la position sociale des artisans sur celle de la nature juridique du contrat qui les lie.

Le fondement direct de cet impôt est l'existence d'un contrat de louage de services, cela ressort nettement des termes de l'article 26 de la loi. Restent donc en dehors les avocats conseils des grandes sociétés, les publicistes et en principe tous les membres des professions libérales qui ne peuvent être considérés comme ayant loué leurs services. Cependant malgré cela, relève de la présente cédule le médecin qui n'ayant pas de clientèle particulière, est exclusivement attaché au service d'un établissement et est rémunéré par un traitement fixe comme un fonctionnaire (1). De même, a été exempté de patente comme employé salarié le médecin uniquement attaché à une compagnie d'assurances en vue d'exa-

1. Réponses Min. Fin. à M. Lefebvre, Ch. Dép. *J. O.*, 31 juil. 1923. Déb. parl., n° 3.470; à M. Bringer, Ch. Dép. *J. O.*, 30 juil. 1924. Déb. parl., n° 2, 813.

miner les personnes victimes d'accident et de donner à la compagnie son avis sur la nature des blessures ou maladie dont elles sont atteintes, qui ne délivre aucune ordonnance, ne prescrit aucun traitement et reçoit des appointements fixes (1).

Les greffiers, dont la qualité est double au point de vue juridique, leurs revenus relevant tantôt de la cédule des bénéfices non commerciaux, tantôt de la cédule des traitements et salaires ont été rattachés pour l'ensemble de leurs émoluments à cette dernière depuis deux arrêts du Conseil d'Etat du 5 décembre 1923 et du 26 décembre 1924 rendus à propos des greffiers de justice de paix, mais dont les dispositions ont été étendues à tous les autres par une circulaire de l'Administration générale du 2 juin 1924 (2).

L'architecte doit aussi être considéré comme un salarié si, sans clientèle au dehors, il dépend uniquement d'une administration qui le rémunère par un traitement fixe, au contraire de ce qui se produirait s'il était rémunéré d'après l'importance de ses travaux, auquel cas il y aurait contrat d'entreprise. Les pilotes de ports maritimes qui sont régis par un contrat de louage de services relèvent aussi de la cédule des salaires (3).

Est encore un salarié au point de vue de cette

1. Cons. d'Et., 19 janv. 1912.

2. Cons. d'Et., 5 déc. 1923. *Revue des impôts*, 1924, p. 150 ; 26 déc. 1924, *Gaz. pal.*, 30 janv. 1925.

3. Rep. Min. Fin. à M. Farjon, le 24 mars 1924, n° 6267.

loi, celui qui représente auprès de l'administration de la guerre, les fournisseurs tenus par les clauses de leur marché d'avoir un fondé de pouvoir au lieu d'exécution de celui-ci, d'en surveiller et d'en assurer l'exécution moyennant une rétribution proportionnelle au montant de la fourniture, le fait d'être rémunéré par de telles remises n'excluant nullement la qualité d'employé (1).

Est un salarié, le représentant en publicité attaché à un organe de publicité par une convention formelle en vertu de laquelle il doit lui apporter un concours régulier et constant à des conditions déterminées d'avance, que ces conditions comportent ou non pour la rétribution de ce concours un traitement fixe en plus d'une commission sur les affaires (2).

D'autre part, depuis la loi du 17 juin 1919 qui a étendu aux artistes lyriques et dramatiques l'article 2.101 du Code Civil relatif au privilège des gens de service, la jurisprudence civile inclinant à assimiler l'engagement théâtral à un contrat de travail et non à une profession libérale, l'Administration a fait de même.

Au sujet des agents d'assurances l'Administration avait d'abord décidé que la nature de leurs rapports avec les compagnies ne permet pas de les considérer comme leurs employés et qu'ils ont ainsi le

1. Cons. d'Et., 3 juin 1927, bull. Contrib. Dir. 1927, p. 469.

2. Note de la Dir. Génér. du 21 avril 1927.

caractère d'intermédiaires libres (1). D'après le Conseil d'Etat, il faut pour déterminer leur situation, examiner la nature du lien qui les unit à la compagnie : s'ils interviennent en temps qu'employés de la compagnie agissant sous ses directives, ce sont des salariés ; dans les autres cas, on doit admettre qu'ayant une qualité professionnelle distincte ils se comportent comme les gérants d'une entreprise et jouissent d'une certaine initiative. On examinera plus loin les changements qui se sont produits dans leur situation depuis la loi du 16 décembre 1927.

En ce qui concerne les intermédiaires de commerce, ceux qui sont placés sous l'entière dépendance des maisons qui les occupent tels que placiers et représentants, ne sont que de simples employés assujettis à l'impôt sur les salaires (2) et plus particulièrement pour les représentants, l'Administration dit qu'ils ne peuvent être considérés comme salariés qu'autant qu'ils se présentent aux clients au nom des maisons dont ils ont la carte, qu'ils ne facturent pas en leur propre nom et ne reçoivent pas d'émoluments des clients chez lesquels ils placent leurs marchandises (3). Une fois ces conditions remplies, ils sont des salariés quelque soit

1. Rep. Min. Fin. à M. Causeret, Ch. des Dép. 23 nov. 1923. n° 5.585.

2. Rép. Min; Fin. à M. Guibal et Desaché le 25 déc. 1920 et à M. A. Chéron, le 16 déc. 1920. Ch. Dép. *J. O.*, n°s 4.743, 4.759, 4.120.

3. Rép. Min. Fin. à M. Verlot, 25 sep. 1920. Ch. Dép. *J. O.*, n° 13.548.

leur mode de rémunération (1). De même, il a été jugé que le représentant qui effectue le placement des produits de plusieurs maisons avec la faculté, sous certaines réserves d'en augmenter le nombre et qui reçoit une rémunération proportionnelle aux affaires traitées ne touche pas un salaire, mais réalise des bénéfices non commerciaux (2). D'autre part, un arrêté du Conseil de Préfecture de la Seine du 3 juillet 1924 (3) décide qu'il résulte des lois du 27 mars 1907 sur les conseils de prud'homme, du 17 juin 1919 modifiant l'article 549 du code de commerce, du 25 juin 1920 sur le chiffre d'affaires et enfin du 23 avril 1924 sur le paiement des salaires, qu'ils sont des salariés non passibles de l'impôt sur les bénéfices non-commerciaux. Cependant, pour qu'ils soient considérés comme « commis » de la maison qu'ils représentent il faut qu'ils réunissent la double condition de n'effectuer aucune opération pour leur compte personnel et n'avoir pas de personnalité professionnelle indépendante de celle des commerçants dont ils placent les produits (4). Celui qui touche comme seul bénéfice un tant pour cent sur chaque affaire traitée par son intermédiaire est un simple mandataire (5). Le Conseil d'Etat a décidé, parallèlement à l'Administration des finances, que le voyageur de commerce qui place exclusivement

1. Rép. Min. Fin. à M. Delafoy, 8 mars 1921 *J. O.*, n° 7.562

2. Cons. d'Et., 30 janv. 1925.

3. Cons. Pref. Seine., 3 juill. 1924. *Gaz. Trib.*, 3 août.

4. Rép. Min. Fin. à M. About, Député.

5. Nancy, 2 fév. 1909. *D. P.* 1910. 2: 268.

les produits d'une maison sans faire personnellement d'opérations et qui est vis-à-vis de cette maison dans une situation de dépendance étroite doit être regardé comme un employé (1).

Le Conseil d'Etat a eu à statuer sur un cas intéressant l'application de la loi du 31 juillet 1917 aux ministres du culte. D'après la conception généralement admise ceux-ci ne sauraient être considérés comme titulaires d'emplois ; ils ne relèvent pas du contrat de louage de services et ne sont pas de plus au service personnel de l'association cultuelle ou de l'Evêque, mais de la collectivité des fidèles. D'après une autre opinion, cependant, il est dit que les ministres du culte détiennent un emploi pour lequel ils sont salariés par l'Evêque s'il s'agit de catholiques et par des associations cultuelles s'il s'agit de protestants, et par conséquent on ne voit aucune raison de les traiter autrement que le fonctionnaire qui obéit à ses chefs hiérarchiques ou que le médecin payé par une société de commerce, or, nous avons vu que ces derniers sont imposés à la cédule des traitements et salaires. En la matière, d'ailleurs, le Conseil d'Etat tout en donnant raison au pasteur invoquant son droit à être compris dans la cédule des salaires, a donné une décision uniquement d'espèce et basée sur des faits spéciaux de la cause, ne pouvant être prise comme base de jurisprudence et susceptible d'être infirmée en d'autres cas (2).

1. Cons. d'Et. 31 juill. 1925. *Bull. Cont. dir.*, 1926, p. 107.

2. Cons. d'Et. 15 mars 1928. S. 1928.3.45,

Dans tous les exemples qui viennent d'être cités, il s'agissait seulement de personnes liées par un contrat de louage de services ou encore par un contrat de travail et qui sont donc des salariés. Il est remarquable de constater ici aussi que la loi n'a pas voulu mentionner les petits entrepreneurs, c'est-à-dire ceux qui sont liés par un contrat d'entreprise. On sait à quelles difficultés donne lieu la distinction entre ces deux catégories de travailleurs : l'application de la loi a été rendue de ce fait assez délicate car on était obligé de les distinguer. Il est préférable en cette occurrence, de s'attacher pour connaître la situation d'un individu, à des circonstances de fait : suivant les cas en effet, une même personne exerçant toujours la même profession pourra être considérée soit comme un salarié, soit comme un entrepreneur. Dans deux cas pris parmi beaucoup d'autres semblables, l'Administration a été amenée à faire application du critérium qui consiste dans la présence nécessaire d'un lien de subordination et de dépendance pour caractériser le salarié : voir à ce sujet les réponses du ministre des Finances à M. Ch. Roux à propos d'un cultivateur ramassant chaque jour le lait pour le compte d'une coopérative laitière et à M. Ouvré à propos des bûcherons travaillant à l'entreprise (1).

1. Rep. min. fin. à M. Ch. Roux. du 15 mars 1921, Ch. Dép., n° 8.091 et à M. Ouvré du 3 fév. 1921, Ch. Dép., n° 7,151.

Sur toute cette question et sur les difficultés soulevées par l'application de la loi du 31 juillet 1917, consulter Bocquet, *L'impôt sur le revenu cédulaire et général*, 4^e édition, 1926.

CHAPITRE III

SECTION I

Étude des lois du 5 avril 1928 et du 30 avril 1930 sur les Assurances Sociales.

La loi sur les assurances sociales a donné un nouveau regain d'actualité à la question, car à l'instar de la loi de 1910, elle désigne comme base de tout son système, c'est-à-dire en ce qui concerne les assujettis obligatoires, tous les salariés. Nous avons déjà vu en étudiant les lois qui l'ont précédée combien nombreuses sont les difficultés qui s'élèveront lorsqu'il s'est agi aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence de déterminer quels sont les individus que l'on peut classer sous cette dénomination. Sans donc reprendre toute cette controverse et toute cette évolution, il faut, en nous plaçant devant le critérium qui nous a paru jusqu'ici être le plus juste et en même temps le plus communément adopté, voir s'il nous est possible de l'appliquer avec succès en cette nouvelle occurrence. Il va sans dire qu'ici encore, comme lors de l'application de toutes les lois ouvrières qui ont soulevé le même

problème, la difficulté primordiale réside dans la distinction à établir entre le salarié et le petit entrepreneur ; à quel stade le premier perd-il son individualité propre pour devenir le **second** ? Il est beaucoup plus facile en effet de distinguer le salarié de l'associé, lequel s'il participe aux risques de l'entreprise, participe aussi à ses bénéfices souvent très élevés et se voit payé par des jetons de présence ou autres du travail qu'il a fourni à la société. Il est de même assez aisé de le différencier du mandataire qui est uniquement rémunéré en raison des services déterminés qu'il a pu rendre à son mandant.

Etudions pour bien pénétrer dans l'esprit de la loi, les travaux préparatoires ayant présidé à son élaboration et les premiers commentaires qu'elle a suscité.

M. Chauveau dans le rapport qu'il fit au Sénat au nom de la Commission de l'hygiène, de l'assistance, de l'assurance et de la prévoyance sociale, qui avait été chargée d'examiner le projet de loi adopté par la Chambre des Députés, pose comme principe que les assurances sociales sont instituées en faveur des petits et moyens salariés qui ne sont pas en mesure, avec leurs propres ressources, de chercher par eux-mêmes un palliatif aux maux qui les menacent en s'adressant à l'assurance privée trop onéreuse, pour lui demander de les aider à les supporter. Il est donc flagrant que toutes les dispositions prises par le législateur en vue de les favoriser ne peuvent être déclarées applicables aux gros salariés de l'indus-

trie, du commerce et de l'agriculture dont les rémunérations parfois très élevées donnent à leurs titulaires des positions sociales enviables et les mettant à l'abri des mauvais jours. Il fallait pour éviter cela, indiquer un plafond au salaire en spécifiant que ceux qui réalisent un gain supérieur à 2.000 fr ne seront pas immatriculés (limite portée à 15.000 fr. et à 18.000 fr. dans les villes de plus de 200.000 habitants).

Il y a d'ailleurs pratiquement une autre raison de procéder ainsi, car si l'on donnait à tous les salariés, quelle que soit l'importance de leur situation, le bénéfice des assurances sociales, il en résulterait que les médecins et les pharmaciens, voyant diminuer la clientèle aisée qui leur fournit des honoraires assez élevés, seraient obligés pour se compenser d'élever les tarifs applicables aux assurances, ce qui serait aller à l'encontre du but poursuivi.

Mais quels seront ces petits et moyens salariés protégés par la loi ? Ce sont ceux qui par profession travaillent sous l'autorité patronale quelle que soit la forme de leur rétribution ; le terme « salarié » doit être donc pris dans un sens large et il comprend tous ceux qui reçoivent une rémunération : traitements, appointements, salaires, journées, gages, etc... Mais en principe la loi n'englobe pas un certain nombre de travailleurs tels que les salariés de l'Etat, des départements, des communes ainsi que tous ceux énumérés à l'article 49 de la loi. L'apprenti, même rémunéré, ne peut être consi-

déré comme salarié s'il a moins de 16 ans. Par contre, le travail à façon, aux pièces, s'il est exclusif d'un véritable contrat d'entreprise, doit être regardé comme un travail salarié et relève par suite de l'assurance obligatoire (1).

Nous traiterons dans un autre chapitre des passages de ce même rapport se rattachant à la définition de la situation des métayers.

M. Grinda, avait été amené à la Chambre, sur une question de M. F. Bougère, à préciser l'idée directrice de la loi : « Nous avons voulu associer la notion du travail à celle de l'assurance. Sont seuls assurés les individus qui vivent de leur travail. Le chimiste dont vous parlez qui travaille dans le silence de son cabinet et qui ne reçoit aucun salaire n'est pas assuré, en principe, parce qu'il ne vit pas de son travail. Il vit de ses rentes, de ses revenus, s'il en est ainsi il peut être assuré facultatif ». Sur une autre interruption ainsi conçue « Et vous associez des étrangers, en excluant les français ! Vous y associez des étrangers pour qui l'Etat français va payer sa quote-part. » M. Grinda répondit : « Nous admettons les étrangers au bénéfice de la loi pourvu qu'ils travaillent, qu'ils vivent du produit de leur travail » (2).

Par conséquent, ce qui paraît prépondérant dans la pensée de cette loi, c'est qu'elle ne profite qu'à

1. D. Chauveau, *La loi sur les ass. Soc.* Paris, 1928.

2. Cham. des Dép., 1^{er} Séance du 11 mars 1928 ; *J. O.* du 12 ; Déb. parl., p. 1474.

ceux qui ne vivent que de leur travail, et que pour être assuré obligatoire, il faut être salarié.

Qu'est-ce donc que les auteurs de la loi veulent entendre par ce terme de « salarié » ?

Dans son livre, *La loi sur les assurances sociales* c'est la question que se pose avant tout M. Chauveau. Selon l'opinion émise par un fonctionnaire du ministère du Travail à la Commission d'hygiène du Sénat, le projet de loi du 22 mars 1921, s'inspirant en cela de la loi de 1910, emploie l'expression « salariés des deux sexes » au mépris des déconvenues qu'ont occasionnées dix ans d'application de la loi sur les retraites ouvrières et paysannes. L'absence de définition, à l'encontre de la plupart des législations étrangères, de ce qu'il fallait entendre par salarié a donné lieu à de nombreux abus sous la forme de tentatives émanées de milliers de personnes qui avec certaines complicités essayaient de se faire passer pour des salariés et de profiter ainsi des avantages de la loi. L'intérêt à user de cette supercherie sera encore accru du fait que les assurances sociales promettent des avantages palpables à brèves échéances, ce qui n'était pas le cas pour la loi de 1910 n'instituant que des retraites, qui était beaucoup plus éloignées dans le temps et partant moins tentantes ; de plus, avec le mode d'affiliation simplifié et rapide réservé à ses bénéficiaires par la nouvelle loi, la nécessité de définir le salarié devient beaucoup plus pressante car les fraudes seront nombreuses et plus difficiles à déjouer. Que faudrait-il

donc faire en ce sens ? Il suffirait d'une précision dans le texte : le salarié protégé par la loi est celui qui, d'une part peut être habituellement regardé comme tel, et qui d'autre part tire la majorité de ses ressources de l'exercice d'une profession salariée. Si pareille définition n'était pas adoptée, le règlement d'administration publique qui doit préciser les conditions d'application de la loi, serait obligé de se référer à la jurisprudence sur la loi de 1910 car les termes employés par elle sont les mêmes : salariés des deux sexes. Or, à l'encontre de l'Administration qui exigeait des bénéficiaires les deux qualités ci-dessus exposées, la Cour de Cassation se basant sur l'article 13 de la loi de 1910 a cassé un jugement refusant l'inscription pour ce motif que le travail de l'intéressé chez ses divers employeurs n'était pas continu (1).

Il ne faut cependant pas s'exagérer cette tendance de la Cour de cassation et dans d'autres arrêts concernant des lois spéciales telles que les lois du 12 janvier 1895 et 27 juillet 1921 sur la sai-

1. La Cour de Cass. a déclaré « Qu'il n'était nécessaire pour accorder aux salariés le bénéfice de l'assurance obligatoire, ni que les services qu'ils rendent à ceux qui les emploient soient continus, ni que la rémunération qu'ils reçoivent constitue leur seule ressource » Par cet arrêt la Cour déclarait sans base légale le jugement qui lui était déferé et qui refusait l'inscription pour ce motif que le travail de l'intéressé « chez ses divers employeurs n'était pas continu et qu'il tirait ses principaux moyens d'existence non de ce travail, qui lui procurait simplement un supplément de revenus, mais des économies qu'il avait réalisées comme domestique au service de ses anciens maîtres ». (D. Chauveau, *La loi sur les Ass. Sociales*).

sie-arrêt des petits salaires et des traitements, elle a continué à affirmer un principe identique à celui qu'elle avait adopté pour les accidents du travail. La condition de salarié implique des relations régulières de subordination vis-à-vis du patron sans considération ni de la durée, ni de la continuité du travail, ni du mode de paiement, même si l'ouvrier était intéressé aux bénéfices.

S'inspirant de cette définition, M. Chauveau a cru pouvoir dresser une liste des personnes qu'il considère comme des salariés. Il en serait ainsi pour les cochers à la moyenne ou au taximètre.

Le gérant de commerce ne faisant que débiter des marchandises à lui confiées.

L'ouvrier travaillant à la commission, les maçons, les forgerons, les menuisiers, à moins qu'ils ne soient exclusivement employés à la direction et la surveillance du travail ;

Les coupeurs, les forts de la halle, les correcteurs d'imprimerie ;

Les secrétaires, les commis greffiers, les clercs de notaires, d'avoués ou d'huissiers, les professeurs, répétiteurs et précepteurs, les maîtres d'armes dans un établissement d'instruction ;

Les acteurs et choristes de théâtre ;

Les commis-voyageurs et les voyageurs de commerce, même travaillant à la commission, mais non les mandataires qui vendent pour le compte d'un patron, à leurs risques et périls.

Au contraire, ne le sont point entre autres :

Les artisans et tâcherons ;

Les entrepreneurs de transport de dépêches et les concessionnaires de bureaux de tabac ;

Les ministres du culte, même aumôniers ;

La mère au service des enfants ;

Les greffiers des tribunaux civils et de justice de paix, les clercs amateurs ;

Les religieuses gardes malades.

On peut donc dire que « le salarié est une personne qui tire la majeure partie de ses ressources de l'exercice habituel d'une profession salariée, c'est-à-dire pratiquée contre une rémunération versée par l'employeur sous une forme quelconque, en raison d'un travail fait pour lui sous sa direction et sa surveillance, en vertu d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage ». Cette définition est aussi celle du projet de loi sur l'assurance contre les accidents du travail.

Les législations étrangères exigent généralement trois éléments pour qualifier le travailleur salarié : 1^o Etre économiquement dépendant, placé au service d'autrui ; 2^o Etre occupé en vertu d'un contrat de travail ; 3^o Tirer de son activité professionnelle au service d'autrui la source habituelle de son existence.

Il appartient, en partant de ces principes, de décider si tel ou tel travailleur est ou non un salarié. Malgré tout, les difficultés pourront se présenter à propos des individus travaillant à façon, aux pièces, à la tâche ou à domicile, rémunérés sur le chiffre

d'affaires ou ne travaillant pour le même patron que par intermittence. Seront-ils des salariés proprement dits ? Il semble que l'on doive faire prévaloir une interprétation large et classer, comme tels tous ceux qui travaillent pour le compte d'une entreprise dont on peut dire qu'ils ne sont que détachés et ne jouissant que d'une autonomie relative.

Bien entendu, quoique salariés ne sont pas touchés par la loi les individus visés à l'article 49, § 1.

Il ne faudrait pas non plus croire que l'énumération donnée par le Dr Chauveau est limitative. En effet, M. Antonelli, dans son rapport à la Chambre des Députés, avait dit que « l'interprétation des nouveaux textes devait être très compréhensive, ce qui revient à donner aux tribunaux toute liberté d'appréciation dans chaque cas d'espèce ». De même, il est utile de remarquer que de jour en jour la notion de salarié peut subir des variations et s'agrandir ainsi que cela s'est produit sous l'influence des lois fiscales. Nous en avons parlé à propos de la loi du 31 juillet 1917 sur les impôts cédulaires.

Selon les auteurs cités, on reconnaît donc le salarié à ce qu'il a passé un contrat de travail. Nous connaissons quel est l'élément qui d'après la jurisprudence permet de le distinguer du contrat d'entreprise. Dans un article paru dans la *Semaine juridique* de 1929, M. Rouast n'hésite pas à se rallier au critérium qui, après avoir subi quelques vicissitudes que nous aurons à examiner dans la section sui-

vante, a été de nouveau nettement affirmé par des décisions récentes de la Cour de cassation (1). Il lui reconnaît un double mérite : il tient compte des réalités économiques et il est cependant précis car il suppose un élément juridique de subordination et non pas, comme le veulent certains auteurs, une simple et vague dépendance économique.

Commentant la longue énumération de M. Chauveau, il fait remarquer avec raison combien il est délicat de figer *à priori* une notion économique dans un cadre juridique : il est facile de voir que les maçons, forgerons et autres corps de métier peuvent, suivant les individus et la façon dont le travail s'effectue, être considérés aussi bien comme des petites entreprises ou de l'artisanat que comme des métiers salariés. Combien n'en voit-on pas de ces travailleurs tenaillés par le désir de l'indépendance qui, la veille, ouvriers cordonniers, par exemple, au service d'un employeur, arrivent à force de peine et d'économie à s'établir pour leur compte ; il est clair qu'ils n'ont pas changé de métier et pourtant leur condition n'est plus la même, ils ont franchi ce pas énorme, ce Rubicon, de l'autre côté duquel une grande partie des gens du peuple croit trouver l'aboutissant de ses rêves les plus chers : ils se sont installés et vont enfin travailler à leur idée ! A partir de ce moment là tous les espoirs leur sont permis.

1. Req. 28 juill. 1924. S. 1925.1.183 ; civ., 24 avr. 1925. D. 1927.1.141 ; civil 8 févr. 1926. S. 1926.1.176.

D'autre part, il faut prendre garde que les mots, suivant les circonstances, ne sont que des étiquettes commodes, accolées à des situations plus ou moins identiques et qu'il ne faut pas croire immuables, sous peine de commettre de graves erreurs. Nous en verrons plus loin un exemple frappant en ce qui concerne les individus souvent très différents que l'on décore tous du nom de « gérants », mais d'ores et déjà il importe de noter que les contrats passés par des personnes auxquelles est déniée la qualité de salarié peuvent être et sont effectivement, dans des espèces autres que celles qui ont motivé les décisions de la jurisprudence, des louages de services. Tout dépend des conditions dans lesquelles ont été passés les contrats et aussi de leur modalité : une religieuse employée dans un hospice, par le fait d'un contrat passé entre une congrégation et ce dernier, n'est pas une salariée, mais on ne voit pas qu'elle ne puisse être telle si elle s'était engagée au titre de garde malade chez un particulier.

M. Rouast entreprend ensuite de démontrer la fausseté de la conception des auteurs de la loi qui consiste, pour la détermination du terme « salarié » employé par elle à se référer à la notion de contrat de travail. A ce propos, il prend comme base de son argumentation, d'une part, d'autres dispositions en sens contraire de la loi et d'autre part, les résultats peu équitables et même parfois souverainement injustes que cela peut entraîner.

En ce qui concerne d'abord la situation juridique des métayers qui, nous le verrons plus loin, ne peuvent être regardés comme des salariés ayant passé un contrat de louage de services. On leur a cependant accordé les bienfaits de l'assurance obligatoire, eu égard à la situation économique de certains d'entre eux définis par l'article 1. Malgré cette définition spéciale, il ne saurait être question d'un changement dans leur situation juridique : le contrat qui les lie reste toujours identique et le fait que socialement ils ne sont pas plus favorisés que les autres travailleurs ruraux, ne peut faire se substituer le contrat de travail au contrat mixte qui est le leur. Il y a ici antagonisme entre le critérium précédemment adopté pour caractériser le salarié et celui qui doit servir de guide pour déterminer ces assujettis obligatoires que la loi des assurances sociales dit être « tous les salariés ». Il est vrai que l'objection semble réduite à néant du fait qu'il est écrit dans la loi que les métayers « sont assimilés aux salariés », mais cette assimilation, par cela même qu'elle réunit deux choses aussi différentes, reflète bien l'intention du législateur qui a voulu, allant au-delà des cadres juridiques, embrasser toutes sortes d'individus économiquement et socialement identiques.

M. Rouast s'attache de même à la situation des travailleurs à domicile, question qui a toujours été au premier plan lorsqu'il s'est agi de l'application des lois sociales. Laissés de côté par la loi du 9 avril 1898, ils ont été au contraire admis formellement

par le texte de loi à bénéficier de la loi de 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes ; en ce qui concerne les assurances sociales, l'art 2 al. 3 les cite comme assurés obligatoires en remettant au règlement général d'administration publique le soin d'évaluer leur salaire, et cependant l'alinéa 5 laisse entendre, sans toutefois les spécifier, qu'il y a des cas où il n'en est pas ainsi. Si nous reprenons, à ce point de vue, le raisonnement qui nous a déjà servi pour les métayers, nous constatons encore une fois l'insuffisance de la conception qui veut limiter le nombre des assujettis obligatoires à ceux qui ont passé un contrat de travail. En effet, les ouvriers à domicile, d'après la définition qui a toujours prévalu et que soutient M. Rouast, doivent être considérés comme des petits entrepreneurs, car ils exécutent leur travail en dehors de l'autorité et de la surveillance du patron. Dans ce cas, nous sommes en présence, une fois de plus, d'une œuvre sociale qui pour atteindre son but était obligée de se référer à leur situation économique ; on peut retrouver cette idée dans le fait qu'ils participent à l'élection des conseillers prud'hommes (1), et qu'ils étaient assurés obligatoires dans la loi sur les R. O. P. (2).

D'autre part, s'il n'y avait que les individus qui ont passé un contrat de travail qui puissent bénéficier de l'assurance obligatoire, on aboutirait

1. *Code du Trav.*, livre 4, art. 22.

2. Art. 2, alinéa 5 modifié par la loi du 17 août 1915.

à des résultats injustes. On s'en rend compte facilement en étudiant la situation des petits tâcherons qui, économiquement, sont dans une position aussi et peut-être parfois plus précaire que celle des ouvriers ; ils auraient alors comme eux droit aux faveurs de la loi qui leur ont été cependant refusées par la Cour de Cass. dans un arrêt du 24 Avril 1925 dont nous reparlerons. Cette solution pouvait d'ailleurs se comprendre en l'espèce car elle avait trait à un accident du travail, le tâcheron ayant voulu courir le risque du travail indépendant, mais il ne saurait en être de même au sujet d'une loi ayant une aussi grande portée sociale que celle sur les assurances sociales.

En définitive, comment doit on résoudre le problème pour arriver à comprendre ces catégories de travailleurs dans l'assurance obligatoire, chose qui est impossible si l'on s'en tient à la définition courante du salarié ?

Deux solutions se présentent à l'esprit : dans la première hypothèse, on pourrait envisager, ainsi qu'ont voulu le faire M. Cuhe et la Société d'études législatives, d'élargir le domaine du contrat de travail en faisant intervenir une notion de dépendance économique. On doit cependant l'écarter car elle encourt des critiques par trop graves. Il faut alors se rallier à une deuxième hypothèse qui consisterait à ne pas limiter l'expression « salarié » aux personnes liées par un contrat de travail. Que serait une classification juridique, si trop sèche et trop

abstraite, elle ne voulait pas se plier aux conditions économiques ? (1). Les lois étant faites pour adoucir l'existence des ouvriers, doivent étendre leur champ d'application aussi bien à celui qui est sous les ordres d'un patron, qu'à celui qui travaille librement pour un maître, quand son gain lui assure à peine sa subsistance.

« Le salarié au point de vue social, n'est pas seulement celui qui a loué ses services, mais aussi celui qui dépend économiquement d'un patron pour qui il travaille, même en dehors de toute idée de subordination ».

En tout cas, pour éviter toute équivoque, le règlement d'administration publique devrait, selon l'exemple des législations étrangères, dresser la liste des personnes assujetties.

Il semble bien que l'administration ait voulu se référer à l'idée que la position sociale du travailleur doit être prépondérante dans la détermination des conditions d'application de la loi. D'après une circulaire du ministre du travail et de la prévoyance sociale, on doit interpréter le terme de « salarié » d'une façon très compréhensive, car l'objet de la loi est de protéger contre les risques sociaux tous les travailleurs « économiquement faibles » ; il faut entendre par cette expression tous ceux qui, vivant principalement du produit de leur travail, se trouvent placés à l'égard de celui qui les rémunère dans

un rapport soit de subordination personnelle, soit de dépendance économique(1).

La qualité de salarié se trouve donc être indépendante de la nature du travail accompli, du mode de rémunération et enfin, c'est là vraiment qu'est l'ino-

1. Il nous a paru intéressant de reproduire in extenso le texte de cette circulaire du Ministre du travail aux préfets au sujet de la mise en application des assurances sociales et définissant le salarié :

Aux termes de l'article 1^{er}, § 2, de la loi du 5 avril 1928, modifiée par la loi du 30 avril 1930, « sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales tous les salariés de l'un ou de l'autre sexe dont la rémunération totale annuelle quelle qu'en soit la nature, à l'exclusion des allocations familiales, ne dépassé pas 15.000 frs. » (ou 18.000 fr. dans les villes de plus de 200.000 habitants et dans les circonscriptions industrielles dont la liste a été établie par décret).

La loi et le règlement d'administration publique pris pour l'exécution de cette loi, n'ayant pas défini le terme de salarié, des difficultés se sont élevées lorsqu'il s'est agi de déterminer les bénéficiaires de l'assurance obligatoire. En attendant que les juridictions compétentes aient tranché les cas litigieux, il m'a paru nécessaire de fixer les règles qui doivent, sur ce point, présider à l'immatriculation des assurés obligatoires.

Il résulte, tant des travaux préparatoires que de l'ensemble de la loi et des règlements pris pour son application, que l'interprétation du terme de « salarié » pour le jeu des assurances sociales doit être très compréhensive. L'objet de la loi est, en effet, de protéger contre les risques sociaux tous les travailleurs « économiquement faibles », c'est-à-dire tous ceux qui, vivant principalement du produit de leur travail, se trouvent placés à l'égard de celui qui les rémunère, dans un rapport de subordination personnelle, soit de dépendance économique.

En conséquence, la qualité de salarié, au sens de l'article 1^{er}, § 2, précité, doit être déterminée, non pas tant d'après la nature ou la qualification juridique du contrat qui unit l'employeur à l'ouvrier ou l'employé, que d'après la situation de fait dans laquelle se trouve l'intéressé.

Cette qualité est indépendante de la nature du travail qui doit être accompli, travail manuel ou travail intellectuel ; elle est également indépendante du mode de rémunération du travail, rému-

vation, des conditions d'exécution du travail : travail à l'atelier ou travail à domicile.

Doivent seuls ne pas être considérés comme salariés ceux qui remplissent les deux conditions suivantes :

nération d'après la durée du travail (c'est-à-dire à l'heure, à la journée ou au mois) ou rémunération d'après sa production (par exemple à la tâche ou aux pièces, au chiffre d'affaire etc. . .) ; elle est enfin, indépendante des conditions d'exécution du travail : travail à l'atelier ou travail à domicile.

Il faut et il suffit que le travailleur qui remplit les autres conditions prévues par la loi soit en fait dans un rapport de subordination personnelle, ou de dépendance économique à l'égard de celui qui l'emploie.

Seuls ne sont pas considérés comme salariés, au sens qui vient d'être ainsi défini, ceux qui exploitent librement une entreprise indépendante. Pour cela, deux conditions principales doivent être retenues :

1^o Il faut qu'ils aient l'initiative de la production ou de l'exploitation, c'est-à-dire qu'ils assument la direction générale de l'entreprise, au point de vue du personnel, du matériel et de la gestion commerciale et financière ;

2^o Il faut, d'autre part, qu'ils courent les risques de la production ou de l'exploitation, c'est-à-dire qu'ils aient le principal profit de l'entreprise, et qu'ils supportent éventuellement la charge de déficits d'exploitation.

Par application des mêmes règles, je citerai à titre purement indicatif, comme devant être tenus pour assujettis obligatoires aux assurances sociales, quelles que soient d'ailleurs la forme et la nature du contrat :

1^o Les employés d'hôtels, cafés et restaurants rétribués, en totalité ou en partie, sur les pourboires ;

2^o Les porteurs de bagages occupés dans les gares par des concessionnaires et rétribués en totalité ou en partie, sur les pourboires.

3^o Les conducteurs de voiture de place qui ne sont ni propriétaires ni locataires de leurs voitures et qui sont rétribués sur le produit de la recette effectué et sur les pourboires ;

4^o Les voyageurs ou représentants de commerce non patentés, même rémunérés à la commission ;

5^o Les « gérants » de coopératives de consommation, de dépôt

1^o Il faut qu'ils soient vraiment des directeurs de l'exploitation aussi bien en ce qui concerne le personnel et le matériel qu'en ce qui concerne la gestion commerciale et financière,

2^o Il faut qu'ils assument tous les risques de l'exploitation, qu'ils profitent de sa prospérité et qu'ils en supportent les pertes.

de sociétés à succursales multiples, c'est-à-dire, d'une manière générale, les personnes dont la profession consiste essentiellement à vendre des marchandises fournies par une seule entreprise commerciale ou industrielle, dans un local imposé, fourni ou agréé par ladite entreprise et qui ne peuvent effectuer cette vente qu'aux conditions et prix imposés par ladite entreprise et sous son contrôle, et cela, qu'elle que soit la qualification donnée à leur profession (gérants, dépositaires, succursalistes, etc...) et nonobstant toute convention contraire.

Il va sans dire que si ces personnes ont du personnel sous leur ordres, ce personnel est lui-même assujéti à la loi sur les assurances sociales.

Les données qui précèdent permettent de résoudre les difficultés qui en pratique se sont fréquemment élevées au sujet de l'immatriculation des ouvriers à domicile.

Ceux-ci doivent, le plus souvent, être considérés comme des salariés, même s'ils possèdent une partie de l'outillage nécessaire à leur travail ou si le lien entre le salarié et l'employeur ou les employeurs est plus ou moins étroit. Il n'en serait autrement que si le travailleur à domicile avait tout à la fois sa liberté complète d'action et son indépendance économique, c'est-à-dire s'il pouvait être regardé comme un artisan.

J'ajoute, d'ailleurs, que lorsque le travailleur à domicile possède l'outillage nécessaire à son travail, la partie de la rémunération correspondant à l'utilisation de l'outillage doit être déduite du salaire brut pour la détermination du salaire net qui doit servir de base à la fixation de la catégorie de l'assuré.

D'autre part, les travailleurs qui n'emploient qu'une partie de leur temps à leur travail à domicile ne doivent être immatriculés dans l'assurance obligatoire que s'ils accomplissent chaque année au total quatre-vingt-dix journées de travail salarié au moins, la durée de la journée de travail étant, conformément aux termes de l'article 33 du livre 1^{er} du code du travail, de huit

On trouvera en note une liste énumérative de quelques salariés entendus au sens que nous venons d'indiquer.

D'après cette conception, voilà donc enfin résolu le problème des ouvriers à domicile et l'on peut dire qu'il l'est de la manière la plus juste et la plus satisfaisante. Ils sont des salariés, même s'ils possèdent une partie de l'outillage nécessaire à leur travail ou si le lien qui les unit à leur employeur ou à leurs employeurs est plus ou moins étroit. Pour qu'il n'en soit pas ainsi il faudrait qu'ils aient à la fois leur liberté d'action et leur indépendance

heures, ou que si, soumis au régime du versement des cotisations sur leur salaire réel, ledit salaire représente 540 frs au moins par an.

Dans le cas contraire, et s'ils rentrent dans les catégories de travailleurs déterminées par l'article 37 de la loi sur les assurances sociales, ils peuvent demander leur immatriculation dans l'assurance facultative.

Je vous rappelle enfin, que par application du décret du 24 mai 1930, l'immatriculation des ouvriers à domicile qui travaillent pour le compte de plusieurs employeurs ou ne travaillent pour le compte d'un même employeur qu'une seule fois ou par intermittence reste à la charge des salariés eux-mêmes. Leurs employeurs peuvent exiger de ces derniers qu'ils leur donnent la décharge de l'accomplissement de la formalité dont il s'agit sur des formules spéciales conformes au modèle réglementaire. Il est bien entendu, d'ailleurs, que cette disposition n'a nullement pour effet de rendre l'assistance facultative pour ces salariés et le contrôle devra, au contraire, dans la suite, régulariser la situation de ceux qui auront négligé de se faire immatriculer.

Vous voudrez bien m'accuser réception de la présente circulaire qui annule, en ce qu'elles ont de contraire, les précédentes instructions que vous avez pu recevoir et les solutions administratives résultant des réponses écrites à des parlementaires,

PIERRE LAVAL.

économique, c'est-à-dire qu'ils puissent être regardés comme des artisans.

Nous allons maintenant examiner dans la section suivante s'il n'y a pas eu dans la jurisprudence quelques tentatives d'orientation vers cette nouvelle conception de la notion de salarié.

SECTION II.

Étude de quelques variations de la Jurisprudence.

A une époque assez récente on avait cru pouvoir dire, pendant quelques temps, que la jurisprudence abandonnant sa conception traditionnelle avait voulu se référer au critérium de la dépendance économique.

Cette tendance nouvelle s'est manifestée pour la première fois d'une façon assez nette à propos de l'application de la loi du 15 juillet 1914 qui étendait aux entreprises forestières la législation sur les accidents du travail instituée par la loi du 9 avril 1898.

D'après un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation en date du 13 janvier 1922 (1), lorsqu'une équipe de bûcherons travaille à la tâche et à forfait dans une coupe de bois, le fait qu'un des membres de l'équipe perçoit les salaires de

1. Cass. Crim., 13 janv. 1922. D. P. 1923. I. 5 et la note de M. Savetier.

tous les ouvriers n'a pas pour conséquence de transformer en une entreprise, le contrat de louage d'ouvrage et de services intervenu entre l'entrepreneur de la coupe et les bûcherons.

Comment se caractérise le rapport de dépendance entre le travailleur et le maître, constitutif du contrat de travail, lorsque l'ouvrage est payé à forfait ? Essentiellement, comme on l'a vu plus haut, par le droit de commandement, de surveillance et de contrôle qui appartient au maître de l'ouvrier et fait au contraire défaut à celui qui emploie un entrepreneur (1). Il fait également défaut à celui qui emploie un médecin, un avocat, ou un artiste et c'est la situation de ces derniers surtout qui soulève de grandes difficultés. Qu'il s'agisse de distinguer le salarié des professions libérales ou bien de l'entrepreneur, des hésitations naissent qui tiennent surtout en grande partie à ce que le critérium de la subordination personnelle qui semble si sûr et si précis au premier abord est d'une application difficile.

Presque tout entrepreneur, en effet, est soumis à une certaine surveillance de la part de l'employeur qui est obligé de venir de temps en temps se rendre compte de l'état de l'ouvrage. Mais alors, toutes les distinctions faites par la jurisprudence s'effondrent. Pourquoi dire que la surveillance sur l'entre-

1. Cass. Civ. 6 août 1902. *Prec. Req.*, 9 nov. 1904. *D. P.* 1913. I. 6 ; *Req.*, 24 juin 1908 et *Civ.*, 30 déc. 1908. *D. P.* 1911. I. 35 ; *Req.*, 4 janv. 1911. *D. P.* 1911. I. 15.

preneur ne s'exerce qu'à la fin du contrat afin de s'assurer de la bonne exécution du travail? (1) De fait, si l'employeur veut être à même de veiller à une bonne exécution du travail, on doit lui accorder la possibilité d'avoir un droit de regard (art. 1793 du C. C.).

Des observations précédentes, il résulte que le seul renseignement valable que l'on puisse avoir sur l'indépendance physique du travailleur réside dans la plus ou moins grande liberté qu'il a de choisir ses heures de travail. Et même, si l'on veut aller au fond des choses, cette circonstance non plus n'est pas très déterminante : nous en avons déjà eu sous les yeux un exemple lorsque nous avons étudié la jurisprudence afférente aux cochers de fiacres et de taximètres qui voit en eux des ouvriers et non des entrepreneurs.

Comment faut-il donc entendre cette notion de dépendance de l'employé à l'égard de l'employeur qui est l'élément caractéristique du contrat de travail? Il faudrait à cet effet se reporter à la définition déjà donnée par M. Cuche. Ainsi, il n'y aurait d'entrepreneur que celui qui doit fournir un ouvrage par ses propres moyens, c'est-à-dire avec ses ouvriers, ses instruments de travail, à ses risques et périls et qui ne travaille pas continuellement pour le compte de la même personne (1). L'ouvrier, au contraire, est lié plus étroitement à

1. Cass. Civ., 19 juill. 1882. D. P. 87 I. 133; Poitiers, 12 juin 1918. D. P. 1920 I. 141, et autres arrêts précités.

son patron et c'est de lui que dépend sa force de production, il use des instruments de son maître, de même que tous les autres ouvriers de celui-ci.

Dans l'arrêt ci-dessus, la Cour Suprême reconnaît, ce qui coupe court à toute controverse, la qualité d'ouvrier à de petits bûcherons, faisant ainsi prévaloir le point de vue économique et social sur le point de vue juridique. Auparavant la jurisprudence en faisait soit des entrepreneurs (1), soit des ouvriers (2). Il est juste de reconnaître que les hésitations sont permises, car en fait il peut y avoir à côté du bûcheron professionnel, des paysans qui veulent augmenter leur avoir en utilisant leurs heures de loisir et d'autre part des entrepreneurs professionnels qui entendent conserver à leur ouvrage la qualité d'entreprise. Malgré tout, d'une façon générale, et comme c'est le cas dans l'espèce étudiée, les bûcherons ont la même condition sociale que les ouvriers.

Des deux définitions que nous avons données plus haut de l'entrepreneur et de l'ouvrier découlent normalement les conséquences suivantes : il est logique que la responsabilité des accidents survenus du fait de ses ouvriers incombe à l'entrepreneur (art. 1797), car il est impossible de se retourner contre les employeurs occasionnels de celui-ci, étant donné qu'il accomplit le travail à sa guise. Il n'en serait pas de même s'il s'agissait d'un ouvrier

1. Cass. Civ., 6 août 1902. Préc.

2. Req., 24 juin 1908. D. P. 1911.1.35.

dont le patron doit être déclaré responsable, car il lui est étroitement lié et ce, d'une façon continue. Il est donc inutile, pour attribuer la responsabilité des accidents du travail, de rechercher, comme les tribunaux l'avaient fait pendant un certain temps, si les entrepreneurs étaient ou non surveillés, s'ils avaient la qualité de préposés ; suivant les cas, on les déclarait responsables. C'était là une distinction trop lâche et dont l'application était sujette à trop de variations (1).

Toujours à propos de l'application de la loi du 15 Juillet 1914, un arrêt de la Cour de Poitiers témoigne du caractère essentiellement social que doit prendre la distinction entre contrat de travail et contrat d'entreprise dans ses applications modernes.

Si cet arrêt avait voulu continuer à appliquer le critérium traditionnel, n'aurait-il point dû voir dans l'espèce ci-dessus une entreprise ? Les bûcherons en effet sont payés à la tâche et ils sont, de plus, souvent libres de choisir le temps et les heures de leur travail, tellement peu surveillés par l'entrepreneur que parfois celui-ci ne les connaît même pas ; ils peuvent se faire aider sans en parler à l'employeur, ils n'ont guère de rapport avec lui que le jour où ils prennent à la tâche un travail déterminé et le jour où ils présentent ce travail à son approbation. Bien plus, il peut arriver, comme c'est le cas

1. Req., 17 mai 1865. D. P. 65.1.372 ; Crim., 21 juill. 1898. D. P. 1898.1.125.

ici, qu'il soient payés en nature par une portion de bois abattu par eux et qu'ils se proposent de vendre à leur compte.

C'est sur ce point que la Cour de Poitiers a vraiment innové. Malgré toutes les circonstances précitées, elle a déclaré qu'il s'agissait bien d'un contrat de travail. Si elle a fait cela, c'est parce qu'il fallait déterminer le domaine d'application d'une loi sociale et qu'en ce cas là, on ne doit pas hésiter à se rattacher plus à la condition des personnes qu'à la nature juridique des contrats pour savoir à qui l'on a affaire. Peu importe donc le mode de rémunération ou le degré de surveillance pourvu que la condition sociale d'un individu puisse le faire regarder comme un ouvrier et non point comme un entrepreneur.

D'après les motifs invoqués par l'arrêt, il y avait contrat de travail lorsque l'on se trouvait en présence d'un bûcheron qui n'avait ni les moyens, ni l'esprit de se substituer à son employeur, embauchant et payant des ouvriers pour réaliser des bénéfices sur leurs salaires. Il pouvait se faire aider, mais même en ce cas, il aurait eu avec lui des compagnons et non point des ouvriers. Ces considérations paraissent avoir été beaucoup plus déterminantes que la possibilité pour l'employeur de contrôler et d'interrompre l'abattage dont la décision fait aussi état, car un droit de cette sorte appartient à tout donneur d'ouvrage, aussi bien vis-à-vis d'un entrepreneur que d'un ouvrier (art. 1791 et 1794 du

C. C.). De même, on ne peut pas faire des différences pour la résiliation du contrat entre l'ouvrier aux pièces et l'entrepreneur (1).

La Cour s'est basée sur l'article 4 de la loi du 15 juill. 1914 rendant le patron responsable de l'accident du travail survenu à un ouvrier dont il ne payait pas lui-même le salaire, pour en conclure qu'étant responsable vis-à-vis des auxiliaires de ses tâcherons, il l'est à plus forte raison vis-à-vis du tâcheron lui-même. D'après M. Planiol cependant (2), cette conclusion serait inacceptable, car pour lui le tâcheron est un sous-entrepreneur réalisant des bénéfices sur les salaires de ses ouvriers.

Les travaux préparatoires de la loi portent que contrat de travail et contrat d'entreprise sont deux choses absolument distinctes. Dans le premier, l'ouvrier travaille à son compte, aux pièces, ou associé avec un camarade avec lequel il partage également le salaire gagné. Dans le second, l'entrepreneur obtient l'exploitation à forfait, devient le maître parfait de l'ouvrage, choisit, embauche, paie et débauche ses ouvriers et réalise un bénéfice sur leurs salaires. La jurisprudence a été tentée de considérer qu'un contrat de travail à la tâche devient un contrat d'entreprise alors qu'il ne peut être qu'un acte fixant des modalités variables.

Faut-il restreindre ces travaux préparatoires aux

1. Civ., 18 mai 1909. D. P., 1910.1.46 ; 8 janv. 1913. D. P. 1914.1.214.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 1929.

accidents du travail dans les entreprises forestières ? Les deux définitions données par eux nous font incliner à dire non, car elles semblent reprocher à la jurisprudence de ne pas s'être placée au point de vue social pour faire la distinction. Il faut donc généraliser ces principes afin qu'aucune hésitation ne soit plus permise et au sujet des lois du 15 déc. 1922 et du 2 août 1923 étendant le bénéfice de la législation sur les accidents du travail aux gens de maison, ils doivent nous inciter à y comprendre les femmes de journées : couturières et laveuses, et les hommes de journées qui viennent à domicile scier le bois, laver les vitres et mettre le vin en bouteilles. Ce n'est d'ailleurs pas l'opinion de tout le monde, car ces derniers, quoique faisant souvent partie d'une entreprise, peuvent être aussi des ouvriers travaillant pour leur compte et qui exécutent leur ouvrage comme ils l'entendent, sans dépendance, ni subordination : ils semblent bien être de ce fait de petits entrepreneurs.

Les deux tentatives de la jurisprudence que nous venons de rapporter auraient marqué le début d'une ère nouvelle pour les travailleurs, malheureusement elles restèrent isolées et furent très nettement condamnées dans la suite par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 24 avril 1925 (1).

Cette décision, comme les précédentes, était intervenue dans une espèce d'exploitation forestière

1. Cass. Civ., 24 avril 1925. D. 1927.1.141.

et d'abattage de bois. D'après elle, la loi du 15 juillet 1914 qui avait étendu aux entreprises forestières certaines dispositions de la loi du 2 avril 1898, n'a apporté aucune dérogation aux principes constants en doctrine et en jurisprudence à savoir que la législation sur les accidents du travail suppose qu'un contrat de louage de services est intervenu entre la personne protégée et la personne assujettie. De même, pour reconnaître s'il y a louage de services il faut la présence d'un lien de dépendance et de subordination personnelle. Tel n'est pas le cas d'un ouvrier qui se charge de l'exécution d'un ouvrage déterminé moyennant un prix fait et qui acquiert ainsi la qualité d'entrepreneur.

D'après l'article 3 de la loi de 1914, peuvent être responsables des accidents : soit le propriétaire du terrain de coupe, soit l'acquéreur des bois encore sur pieds. Mais ils peuvent rejeter cette responsabilité sur l'entrepreneur qui exécute l'ouvrage en vertu d'un contrat d'entreprise ; ce dernier se substitue entièrement au propriétaire des bois abattus et il accepte tous les risques (il loue, paie les ouvriers, etc...). Les bénéficiaires, c'est-à-dire les ouvriers, auront donc un recours en s'inspirant des distinctions qui viennent d'être faites.

D'après le système qui veut faire prévaloir l'idée de dépendance économique, on avait soutenu que la loi de 1914 marquait une orientation nouvelle adoptée par les deux arrêts précités. La protection légale aurait pu intervenir même au cas d'un contrat

d'entreprise, elle eut été fonction de la classe sociale où l'on aurait rangé l'entrepreneur. Quoique le bûcheron dont il est question dans l'arrêt du 30 janvier 1922 s'était engagé à abattre des arbres à la tâche, à ses heures, sans surveillance immédiate, avec la faculté de s'adjoindre d'autres personnes, ce n'est pas un entrepreneur parce qu'il n'avait ni les moyens ni l'intention de se substituer à son employeur et que ses auxiliaires étaient plutôt ses compagnons. Il faut reconnaître que c'est là une démarcation bien indécise.

Dans cet ordre d'idées, l'arrêt du 13 janvier 1922 n'est pas probant : d'abord, parce qu'il a été rendu par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation et que de ce fait il est plutôt étranger à la question qui nous intéresse. D'autre part, étant donné que cet arrêt affirme qu'en l'espèce on se trouve en face d'un contrat de louage de services, il reconnaît implicitement que la direction et la surveillance du travail étaient réservées au maître et non au chef bûcheron quoique ne disant pas en propres termes à qui elles incombaient.

Dans l'arrêt de la Cour de Poitiers le bûcheron qui travaillait à la tâche et à forfait percevait bien les salaires de tous les autres ouvriers, mais le patron avait malgré tout conservé le droit de contrôle et le droit d'arrêter l'abattage des arbres. Il ne faut pas méconnaître l'importance de cette dernière constatation et l'on doit penser que c'est grâce à elle que la Cour a admis qu'elle avait affaire à un

louage de services. D'après cette interprétation, elle serait donc restée dans la tradition. Pour assurer l'unité de la jurisprudence dans les décisions multiples qui devront encore intervenir, il faut qu'elle maintienne fermement le critérium consacré.

C'est ce qu'elle a fait d'ailleurs dans plusieurs arrêts postérieurs. Elle déclare, par exemple, qu'il faut, pour déterminer s'il y a louage de services, envisager la nature de la convention et non la condition sociale des parties (1). De même, il y a louage de services et non pas louage d'industrie de la part de celui qui, pour la confection, dans une coupe de bois, de piquets de mines et la préparation du bois de chauffage, a reçu l'ordre de commencer de la part de l'acquéreur de la coupe, lequel a fait aménager une voie pour sortir les bois ouvrés, a fait prendre en forêt l'attachement des travaux, y a exercé un contrôle de travail et s'est pourvu par ses agents du relevé du travail qui devait être payé sur place (2).

Le contrat par lequel un petit patron charpentier traite pour un travail de sa spécialité avec un agriculteur qui n'a ni la direction technique de l'ouvrage, ni des ordres ou des instructions à donner est, non un louage de services, mais un contrat d'entreprise, cela sans que le mode de paiement stipulé — une

1. Cour de Limoges, 28 déc. 1926, *Gaz. Pal.*, 1927.1.510.

2. Cass. Req., 8 juin 1926. D. H. 1926, 396.

somme déterminée par jour et la nourriture — puisse en changer le caractère (1).

Il y a lieu de se demander si, ce faisant, la Cour de Cassation a agi d'une façon qui mérite d'être approuvée. Nous avons vu en effet dans la section précédente à propos de l'application des assurances sociales, que l'interprétation stricte du lien de subordination entre patrons et salariés n'est pas sans aboutir parfois à des résultats injustes. Il aurait donc été préférable que la jurisprudence persista dans l'orientation qu'elle a un instant suivie. Elle aurait pu serrer ainsi de plus près l'évolution sociale moderne qui, par une concurrence farouche, n'a pas été sans transformer assez profondément les catégories économiques en poussant encore un peu plus sous la coupe des patrons des individus qui auparavant se targuaient d'accomplir leurs travaux avec une certaine indépendance. Nous en avons une preuve avec ces travailleurs à domicile que leur prétendue liberté faisait exclure des bénéfices des lois sociales, avec ces individus appelés gérants, théoriquement indépendants mais qui, les uns aussi bien que les autres, se voient de jour en jour amenés au niveau de simples salariés, car une uniformisation puissante et quasi-totale des moyens de production obligent les chefs à discipliner et à décourager le plus possible les initiatives individuelles, souvent fructueuses pourtant, et à tracer à leurs

1. Cass. civ., 19 juil, 1929. D. H. 1929.473. voir aussi Civ. 29 avril 1929. 1^{re} espèce. D. P. 1930.1.6 et la note de M. Rouast.

subordonnés une ligne de conduite immuable que ceux-ci doivent s'astreindre à suivre. Cette conception n'a pas prévalu devant la Cour de Cassation qui par les arrêts précités a condamné l'idée de dépendance économique à cause précisément de son manque de précision et de sa trop grande envergure qui pouvaient conduire à des résultats inacceptables. On a même illustré cette critique en donnant l'exemple d'un industriel sans fortune, lequel en passant un traité qui réserve toute sa production à un autre industriel plus important, passerait, non un contrat d'entreprise, mais un contrat de travail et deviendrait un salarié.

CHAPITRE IV

EXAMEN DE LA SITUATION DE QUELQUES CATÉGORIES PARTICULIÈRES DE TRAVAILLEURS

En étudiant l'évolution de la législation protectrice du travail dans les chapitres qui précèdent, nous avons eu l'occasion de faire plusieurs fois allusion à la situation de quelques travailleurs que nous allons maintenant examiner plus en détail.

SECTION I

Les travailleurs à domicile et les tâcherons.

A) *Les travailleurs à domicile.*

L'ouvrier à domicile est un travailleur prolétaire qui, tout en étant souvent en possession des quelques instruments de travail dont il a besoin, reçoit habituellement ses matières premières d'un entrepreneur industriel ou commercial et en tout cas, cède à celui-ci le produit de son travail contre une rémunération offrant le caractère d'un salaire. Il diffère donc de l'ouvrier salarié moderne en ce qu'il

travaille les matières premières qu'il reçoit, chez lui, au lieu de travailler dans une usine ou dans un atelier ; il ne fabrique pas directement ses produits pour les consommateurs, mais pour le compte d'un entrepreneur dont il dépend et il diffère ainsi de l'artisan.

Selon certains auteurs, on peut distinguer trois types principaux d'industrie à domicile :

1^o L'industrie à domicile autonome, dans laquelle l'artisan est indépendant et travaille selon son goût pour satisfaire ce qu'il croit être les besoins du public.

2^o L'industrie à domicile tributaire du commissionnaire dans laquelle l'artisan n'est indépendant que pour la production mais qui est écarté de la partie commerciale de son entreprise.

3^o L'industrie à domicile pour le compte du grand fabriquant. Dans cette troisième forme, l'ouvrier doit effectuer des tâches fragmentaires que la division du travail a fait détacher du travail d'usine et qu'elle permet d'exécuter au dehors de la fabrique centrale ; c'est d'elle que l'artisan recevra les commandes, la matière à ouvrer, les types et modèles à reproduire, sans exercer lui-même aucune initiative. Très souvent même, il y aura encore des intermédiaires qui s'intercaleront entre eux.

Historiquement, ces trois formes se sont succédées dans l'ordre qui vient d'être indiqué. Mais aujourd'hui les deux premiers types sont surannés et c'est le dernier qui doit seul nous occuper. C'est

une forme d'industrie qui peut et doit subsister, quoiqu'elle ait de graves inconvénients. Elle est utilisée principalement pour un certain nombre d'industries qui sont particulièrement soumises aux aléas ou aux conjectures du moment et que l'on appelle les nouveautés ; elle est dans ce cas précieuse à utiliser pour le patron parce qu'elle le garantit des risques inhérents aux mortes saisons.

Il est donc juste de la considérer et de la protéger au même titre que le travail d'usine. Cela s'impose d'autre part pour les deux raisons que voici : Il faut tout d'abord éviter de favoriser indirectement son maintien et sa propagation en l'exemptant de certaines charges légales qui pèsent sur l'industrie de fabrique ; elle échappe en effet à la réglementation sur la durée du travail, l'hygiène des ateliers, etc. Elle fait de plus défaut là où il y aurait vraiment besoin d'une protection, et ce n'est point ici le lieu de rappeler tous les abus auxquels elle a été abandonnée et qui sont connus sous le nom de « sweating system ».

Il faut reconnaître qu'il est difficile de pouvoir faire observer cette réglementation car il est évident qu'elle serait mal vue assez souvent des intéressés qui veulent pouvoir gagner le plus possible et qui n'aimeraient pas se soumettre aux injonctions et aux visites de l'inspecteur du travail, Il est d'autre part délicat de savoir jusqu'où elle doit aller.

De nombreux essais législatifs ont eu lieu dans d'autres pays ; on peut citer en Angleterre les lois de 1891, 1895 et 17 août 1901, dans l'Etat de New-

York des essais de 1886, 1892, 1896 et 1899. Il en a été de même dans les colonies Australiennes (1).

La pratique et la doctrine contemporaines tendent de plus en plus à assimiler au louage de services de l'ouvrier de fabrique ou de l'employé de magasin, le contrat de louage d'ouvrage passé entre l'ouvrier travaillant à domicile et l'entrepreneur. Nous en avons eu des exemples en étudiant le projet de loi de 1906 sur la réglementation du contrat de travail, la loi du 5 août 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes, la loi du 5 avril 1928 sur les assurances sociales et les directives qui doivent présider, selon l'administration, à la mise en application de cette dernière. Au point de vue économique en effet, le travailleur est au regard de son patron dans une dépendance aussi marquée que s'il exécutait son ouvrage à l'usine ou à l'atelier et bien que rémunéré aux pièces, fait d'ailleurs commun à de nombreux ouvriers d'usine, il peut ainsi être considéré comme ayant passé un contrat de travail (2).

1. Voir E. Alix, *L'industrie à domicile salariée*. *Revue des sciences politiques*, 1904.

2. Nous avons vu que la loi sur les A. S. n'était pas très explicite sur le point de savoir s'ils devaient être compris parmi les assurés obligatoires. Tout récemment deux propositions de loi ont été déposées à la Chambre des Députés les 15 et 19 janvier 1931 par M. Sérol, et le 21 janvier par M. Taurines, dont le but est d'étendre les dispositions de la loi du 5 avril 1928 sur les Assurances Sociales aux ouvriers façonniers travaillant à domicile. La Chambre de Commerce avait adopté les conclusions d'un rapport qui lui avait été présenté au nom de sa commission de législation, questions financières et fiscales, par M. Albert

Ne pourrait-on pas voir dans cette persistance d'assimilation des ouvriers à domicile aux autres catégories de travailleurs, dans les lois ouvrières depuis 1898, une tendance à faire prédominer le côté économique et social de leur situation sur son côté juridique. Cette solution, la seule acceptable d'un point de vue de justice et d'humanité, est en même temps la seule logique car elle est en accord parfait avec le but que doit se proposer la législation du Travail. Cependant on a pu assister dans ces tout derniers temps à une véritable efflorescence de décisions de jurisprudence déterminée par les difficultés auxquelles a donné lieu l'application de la loi des Assurances sociales à cette catégorie de travailleurs. C'est ainsi que divers tribunaux civils et commissions cantonales, entre autres à Nantes, Saint-Etienne et Toulouse, ont été amenés à se prononcer sur la délicate question de savoir si cette

Chance, et avait émis un vœu tendant à ce que les ouvriers façonniers travaillant à domicile ne soient pas considérés comme des assurés obligatoires.

« Ce serait donner à cette loi une extension manifestement abusive que de l'appliquer, dit la Chambre de Commerce, par le jeu d'une présomption arbitraire, à des travailleurs qui ne se trouvent pas en fait, à l'égard de leurs employeurs, dans un rapport de subordination et de dépendance ; qu'ainsi serait faussée la notion de salarié telle qu'elle se dégage d'une jurisprudence bien établie ».

Il importe d'ailleurs de noter que cette opinion s'inspire de cette considération qu'il ne faut pas encore augmenter outre mesure les charges déjà lourdes résultant de l'application de la loi, mais elle a le tort de vouloir n'envisager que le côté strictement juridique de la question en persistant à confondre étroitement la notion de contrat de travail et celle de salarié.

loi doit être d'une application obligatoire ou facultative pour les travailleurs à domicile.

Dans chacune de ces décisions, les tribunaux ont été requis de prendre parti et ont pris parti en fait contre l'interprétation préconisée par l'administration en la personne du ministre du Travail dont nous avons déjà eu l'occasion de faire connaître la circulaire à ce point de vue (1).

Le problème, identique à celui que nous nous sommes maintes fois posé depuis le début de cette étude, consistait à se demander si ces travailleurs devaient être considérés comme « salariés » ou comme « entrepreneurs d'ouvrage » différence essentielle puisque la loi des Assurances sociales, dans son article 1^{er}, prévoit l'application obligatoire à « tous les salariés ». Dans ce but, les tribunaux ont fait valoir d'abord tous les arguments juridiques permettant de donner une définition du salarié et principalement celui qui consiste dans le lien de subordination et de dépendance devant exister entre employé et employeur, cet argument ayant toujours été formulé de la manière la plus formelle et la plus constante par la Cour de Cassation antérieurement à la loi du 30 avril 1930 : le terme salarié désignant celui qui est lié à un employeur par un contrat de travail. Il est nécessaire à ce propos de faire remarquer au passage que c'est dans cette association entre salarié et contrat de travail que

1. Voir Toulouse, commission cantonale (Nord), 11 juillet 1931 *Journal des Juges de paix*, septembre 1931, p. 322 et suiv.

se trouve le nœud du problème, selon la conception de M. Rouast (1).

La jurisprudence s'est ensuite attachée à l'analyse des solutions proposées par l'administration et elle en reconnaît dans une certaine mesure la justesse car il est évidemment incontestable que la loi sur les A. S. doit avoir avant toutes choses une portée sociale et qu'elle manquerait son but si on maintenait en dehors de sa sphère d'application des individus pouvant être considérés comme « économiquement faibles ». Malgré cela les tribunaux ne doivent pas avoir à se préoccuper de cet aspect social et économique de la question et ils ne peuvent et ne doivent interpréter la loi que d'une façon juridique et aussi bien la dépendance et la faiblesse économique ne sont que des notions arbitraires et le plus souvent imprécises qui ne peuvent être d'aucun secours pour déterminer la qualité de « salarié »

On doit donc distinguer très nettement entre le but de la loi qui est social et ses moyens d'application qui ne peuvent procéder que d'une technique juridique.

D'autre part, et ceci est une autre raison, venant à l'encontre de la thèse de l'administration, qui n'a pas été sans avoir grandement influencé la jurisprudence, comment concilier le fonctionnement technique de l'application de la loi aux travailleurs à domi-

1. Voir *supra*, p. 118.

cile n'ayant avec l'employeur aucun lien de droit, comme cela s'est produit dans les espèces ayant donné lieu à décisions ?

Devant de telles difficultés on ne peut qu'être amené à regretter que la loi du 30 avril 1930, de même d'ailleurs qu'auparavant la loi du 5 avril 1910 sur les R. O. P. n'aient pas cru devoir donner une définition précise du « salarié ». C'est une lacune qui eut pu être comblée si, lors de l'élaboration du règlement d'administration publique, le Conseil d'Etat avait jugé bon de retenir le projet définitif du ministère du Travail qui mentionnait simplement que pour être salarié il fallait être « sous la domination d'un employeur ».

Pour être complet, il faut reconnaître que par application du critérium juridique traditionnel, un certain nombre de travailleurs à domicile rentreront automatiquement dans le domaine d'application de la loi, ce qui explique qu'ils aient été mentionnés par la loi dans son article 2 § 4 et 5. Les décisions contraires à leur immatriculation obligatoire sont intervenues surtout en matière de personnages travaillant pour le compte de plusieurs patrons et possédant tout leur matériel, comme cela s'est produit pour les chefs d'atelier tisseurs et des employés de confection, surtout des piqueuses de machine à coudre.

En définitive donc, il paraît admis formellement au point de vue jurisprudentiel, que le seul fait de la dépendance économique s'avère notoirement

insuffisant pour définir le salarié et que quelque désir que l'on puisse avoir d'une extension du champ d'application de la législation ouvrière, il faut malgré tout se référer à un élément juridique, consistant dans l'existence d'un contrat permettant de connaître l'employeur et de le rendre ainsi responsable. Quelles ne seraient pas les difficultés qu'occasionnerait par exemple la situation de ces travailleurs qui offrent leurs services sur la voie publique à une clientèle anonyme ? Du point de vue social et économique, il serait juste de voir encore en eux des individus dignes de protection, des salariés devant bénéficier de l'assurance obligatoire, mais on ne voit pas à quel employeur l'on pourrait se référer à moins que l'Etat ne consente à cette nouvelle charge, ce qui devrait se décider au moyen d'une loi ?

Pour toutes ces raisons, la thèse d'ordre purement juridique semble donc prévaloir sur le critérium de dépendance économique et elle a été au surplus consacrée par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 23 juillet 1934, concernant les gérants de sociétés à succursales multiples dont nous aurons à nous occuper.

B. — *Les tâcherons.*

Dans l'industrie du bâtiment, on a souvent coutume de confier à un maître ouvrier une partie d'un travail en lui fournissant les matériaux nécessaires ;

celui-ci recrute alors des ouvriers payés par lui et commandés par lui. Ce contrat est le marchandage et l'ouvrier ainsi investi de la confiance de l'entrepreneur est un marchandeur ou tâcheron (1). On retrouve encore cette sorte d'individus dans d'autres cas, par exemple, dans les exploitations forestières ; il suffit de retenir qu'ils travaillent à la tâche ainsi que leur nom l'indique, à leurs risques et qu'ils ont la faculté de s'adjoindre des auxiliaires : en un mot ce sont des sous-entrepreneurs.

Le tâcheron demeure un ouvrier, étant assimilé à un contremaître, s'il est soumis à l'autorité du chef de l'entreprise (2), et au contraire, il est entrepreneur, étant assimilé à un patron, s'il conserve son indépendance (3).

Ainsi l'ouvrier travaillant à forfait rémunéré non à la journée mais à la tâche et maître de son travail n'est pas dans la situation d'un employé vis-à-vis de son patron et n'est donc pas protégé par la loi de 1898 (4). Mais, en sens contraire, on doit considérer comme un ouvrier et non pas comme un tâcheron, la personne employée pour faire à forfait des travaux de culture à l'hectare, lorsqu'elle doit avoir avec elle le nombre d'hommes que le maître indique et que les ouvriers qu'elle paye sont nourris comme

1. Planiol, *T. élém. de Dr. Civ.*, t. 2, n° 1929.

2. Bordeaux, 26 mars 1907. D. P. 1907.5.40. Civ., 30 déc. 1908. D. P. 1911.1.35.

3. Sachet. Op. Préc. n° 159, t. I. Baudry et Wahl, *Le Contrat de louage*, t. 2, n° 1881.

4. Toulouse, 11 juin 1903. D. P. 1904.2.172.

elle par le maître, qui, fournissant le matériel, commande et surveille les travaux avec la faculté de renvoyer cette personne (1). Nous avons déjà donné avec la loi sur les accidents du travail d'autres décisions de jurisprudence.

Ici, comme dans le paragraphe précédent, la situation est la même, cependant on montre plus de répugnance à accorder aux tâcherons le bénéfice des lois sociales. Cela tient à ce qu'il paraît logique que ceux-ci, travaillant à leurs risques, doivent supporter les conséquences des accidents qui peuvent survenir, mais il n'en est pas moins vrai qu'économiquement ils sont dans la même situation que les salariés ayant droit aux faveurs de la loi et que par conséquent lorsqu'il s'agit d'une loi ayant une portée aussi essentiellement économique et sociale que celle des assurances sociales il n'y a aucune bonne raison pour leur en refuser le bénéfice.

SECTION II

Les métayers et les artistes.

A. — *Les métayers.*

Nous devons d'abord examiner leur condition de droit. Le bail à colonat partiaire ou métayage est régi par le Code Civil dans ses articles 1763 et 1764, et par la loi du 18 juillet 1889 (code rural, titre 4).

1. Trib. Paix. Pithiviers, 6 nov. 1906. D. P. 1909.2.54.

Quoique appelé bail, ce contrat est de nature mixte participant à la fois du contrat de louage et du contrat de société. Le directeur de la société est propriétaire du sol. De fait, le possesseur d'un bien rural qui l'a remis à un métayer avec lequel il partage les produits de l'exploitation, conserve le droit, dans les limites des termes du contrat ou selon l'usage des lieux, de diriger l'exploitation. De toutes façons, la convention est nulle au regard des tiers et ceux qui ont traité avec les métayers n'ont pas d'action contre le bailleur, si ce n'est l'action *in rem verso*.

Cependant, quoique sans avoir des droits aussi étendus que le fermier, le métayer exploite lui-même et paye une redevance non en espèce il est vrai, mais en nature et par dessus tout il travaille à ses risques et périls, réalise des bénéfices et par conséquent s'oppose nettement au point de vue juridique au salarié qui lui, ne peut prétendre qu'à un salaire fixé d'avance. La jurisprudence est dans ce sens et en matière d'accidents de bestiaux causés aux tiers, les cours de Lyon et de Dijon ont mis le propriétaire hors de cause car le métayer n'est pas son préposé. La loi elle-même le déclare en l'assimilant au fermier, seul responsable vis-à-vis des ouvriers qu'il a engagé (art. 6 de la loi du 25 décembre 1922).

En sens contraire, le contrat par lequel une personne est chargée de surveiller une culture moyennant une part des produits, n'est pas un bail à

métayage mais un louage de services si cette personne ne jouit pas de la propriété et ne la cultive pas. En effet, un des caractères du bail à colonat partiaire, c'est sans doute d'après l'article 2 de la loi du 18 juillet 1889, le partage des fruits et produits entre le bailleur et le preneur. Mais il suppose aussi, comme le décide l'article 1^{er}, que le possesseur d'un héritage rural le remet pour un certain temps à un preneur qui s'engage à le cultiver. Le dessaisissement par le bailleur et l'exploitation par le preneur sont essentiels pour l'existence d'une telle sorte de bail. Le bailleur a seulement, d'après l'article 5, la surveillance des travaux et la direction générale de l'exploitation, soit pour le mode de culture, soit pour l'achat et la vente des bestiaux et ce texte suppose encore que l'exploitation se trouve entre les mains du preneur. Donc, si comme nous l'avons dit, le prétendu métayer tout en recevant une partie du produit des récoltes et du bénéfice du cheptel, n'a pas droit à la jouissance de la propriété et n'a pas à la cultiver lui-même, mais doit se borner à surveiller certains travaux de culture que le propriétaire fait exécuter, ce dernier se réservant d'ailleurs le droit de renvoyer dans la huitaine et sans aucune indemnité le prétendu métayer, au cas de négligence ou de mauvaise foi, le contrat ne constitue qu'un louage d'ouvrage ou d'industrie (1).

1. Trib. civ. Bougie, 24 nov. 1898. D. 1901. 2. 87. Req., 7 juil. 1925. D. H. 1925. 559.

D'après la loi du 5 avril 1910, les métayers sont assurés facultatifs, après d'ailleurs nombre d'hésitations de la part du Sénat. Cela provient de ce que la situation du métayer est formée d'éléments complexes, comme on a pu s'en rendre compte ; la loi de 1889 en fait d'une part le subordonné du propriétaire qui garde dans une certaine mesure la direction des travaux de l'exploitation (art. 5) et d'un autre côté dit que le preneur doit user de la chose louée en bon père de famille conformément à la destination qui lui a été donnée par le bail (art. 4), clause qui ne s'accorde point avec le contrat de travail.

Mais quoique le caractère juridique du métayer semble prépondérant dans la loi de 1910, le côté pratique leur a fait concéder des avantages analogues à ceux des assurés obligatoires (art. 36).

Que décider au point de vue des assurances sociales ? La Commission se plaçant sur le terrain des faits a vu les difficultés qu'il y aurait à faire du métayer un assuré obligatoire. Elle ne s'est pas arrêtée aux conclusions préconisées par le rapport précédent. Dans la discussion au Sénat, on a insisté sur le caractère de salarié : dans le Midi, le métayer est un véritable ouvrier agricole. Malgré cela, il faut établir une discrimination car certains d'entre eux ont des gains parfois très élevés. Il est aussi difficile de fixer un chiffre forfaitaire de cotisation à l'hectare, car l'exploitation peut avoir un rendement différent suivant les régions. Finalement, d'après le texte qui fut élaboré par la Commission le métayer

doit réunir pour être considéré comme un salarié les deux conditions suivantes :

1^o Il doit travailler seul ou avec les membres de sa famille énumérés limitativement par la loi ;

2^o Il doit ne posséder aucune partie du cheptel. Cette clause étant d'ailleurs plus importante que la précédente.

De même, la femme du métayer participera de la qualité de salarié de son mari, s'ils ont été l'un et l'autre parties au contrat de métayage.

Cette question des métayers a d'ailleurs un caractère moins social que celle des ouvriers à domicile et des tâcherons car, vu les modifications des conditions économiques, il apparaît que les profits des agriculteurs sont plus élevés qu'autrefois et que leur situation s'étant ainsi améliorée, ils sont à même de faire l'effort de prévoyance nécessaire pour bénéficier de l'assurance facultative.

En résumé, assurés obligatoires selon le projet original, ils ont été rejetés par le projet de la Commission sénatoriale qui leur accordait cependant encore comme assurés facultatifs, une situation privilégiée. On a tout d'abord fait valoir pour justifier cette solution que le métayer n'avait rien de commun avec le salarié car il n'y avait pas entre le propriétaire et lui un véritable lien de subordination qui est la caractéristique essentielle du contrat de travail ; de plus, il travaille à son gré et il est déclaré responsable au lieu du propriétaire des accidents du travail survenus à ses ouvriers. On a vu aussi que

le rapport étudié de M. Chauveau a fait ressortir la difficulté qu'il y aurait à fixer le gain essentiellement variable du métayer et à ce propos on peut remarquer que si l'on y arrivait, on aboutirait à une conséquence bien curieuse, à savoir que suivant la prospérité des années sa situation se trouverait être soit celle d'un assuré facultatif, soit celle d'un assuré obligatoire.

Malgré tout, M. Dauthy, auteur d'un amendement favorable aux métayers, a tiré argument des articles 1764 et 1765 du Code civil, ainsi que de la loi du 18 Juillet 1889, pour affirmer qu'il est un salarié s'engageant à exploiter la terre d'autrui moyennant une part de la récolte : contrat *intuitu personae* du fait qu'il ne peut y avoir de sous preneur. En présence de toutes ces controverses la loi sur les assurances sociales qui n'a pu se décider à donner une définition précise du salarié. finit par s'en tirer en assimilant le métayer au salarié, laissant par là planer le doute et n'ayant pas non plus résolu la question de la notion juridique du métayage.

B. — *Les artistes.*

La nature du contrat qui lie les artistes à l'entrepreneur de spectacles a été pendant très longtemps discutée. Tout d'abord la jurisprudence avait décidé que ledit contrat constituait un louage d'industrie n'ayant pour effet ni de les obliger à des services personnels dans le sens de l'article 2.101 4^o du Code

civil, ni de leur imprimer la qualité de préposé aux affaires d'une maison de commerce dans le sens de l'article 549 du Code de commerce et que par suite les dispositions de ces articles ne leur étaient pas applicables. En ce qui concerne la compétence des tribunaux de commerce, elle avait décidé que l'engagement qui les lie aux directeurs de théâtres ne saurait avoir pour conséquence de les assimiler à un associé ou à un commis ou serviteur de ce directeur et que par conséquent ils n'étaient pas justiciables de leur juridiction (1). Cependant, on avait décidé aussi que le contrat intervenu entre un directeur de music-hall et un artiste est un louage de services, lorsque ce dernier ne présente pas une attraction réglée et créée par lui, mais joue dans une revue, un rôle imaginé et réglé par la direction (2).

Les choses ont changé depuis que la loi du 17 juin 1919 a étendu aux artistes lyriques et dramatiques l'article 2.101 du Code civil relatif au privilège des gens de service. Depuis lors le contrat conclu entre eux et les directeurs de théâtres est considéré par la jurisprudence comme un louage de services et les conseils de prud'homme sont compétents pour connaître des litiges se rattachant à ces contrats (3).

1. Req., 24 févr. 1864. D. P. 64.1.135. Civ.; 8 déc. 1875. D. P. 1876.1.359. Trib. Comm. Saint-Quentin, 26 nov. 1907. D. P. 1908.5.29. Rouen, 2 déc. 1908. D. P. 1909.2.271 et surpoursuiv. Req., 7 déc. 1909. D. P. 1910.1.28.

2. Trib. Civ. Seine, 24 fév. 1912. *Gaz. Pal.*, 1912.1.311.

3. Civ., 29 juin 1922.1.125.

Si l'on va bien au fond des choses on constate que cette loi ne marque pas une telle innovation, car les artistes étaient déjà compris dans la troisième catégorie de la section du commerce du conseil de prud'homme de Lyon (décret du 20 mars 1910) ainsi que dans la cinquième catégorie du conseil de prud'homme de Paris (décret du 23 mars 1908). Ainsi donc maintenant l'artiste a la qualité de préposé alors surtout qu'il exerce son art sous la surveillance, le contrôle et la critique du directeur, c'est-à-dire lorsqu'il est sous sa subordination (1).

Auparavant, la législation sur les accidents du travail n'était pas non plus applicable aux artistes ainsi que le prouvent plusieurs arrêts. Les théâtres étaient bien compris parmi les entreprises assujetties mais leurs artistes n'étant ni des ouvriers ni des employés ne pouvaient pas bénéficier de la protection de la loi (2). Il en était de même au sujet de l'acrobate engagé dans un cirque pour se livrer à des exercices périlleux (3).

Depuis la loi de 1919 précitée, les artistes dramatiques et lyriques étant considérés comme des employés, peuvent se prévaloir de la loi de 1898 (4). En l'espèce d'ailleurs, il faut, suivant les cas, s'attacher à l'existence d'un lien de subordination pour

1. Trib. civ., Isère, 19 fév. 1920. D. H. 1930. 312.

2. Douai, 23 oct. 1912. D. P. 1913.2.229.

3. Trib. civ., Lyon, 25 janv. 1910. D. P. 1910.5.55.

4. Trib. Paix. Paris (17^e arrt), 30 mai 1923. D. P. 1923.5.15.
Voir aussi Trib. civ., Nîmes, 2 mars 1922. D. P. 1923.5.12 et Paris, 17 déc. 1921. D. P. 1922.2.10.

savoir si l'on se trouve vraiment en face d'un salarié.

SECTION III

Les Gérants de maisons à succursales multiples.

Tout dernièrement, le Conseil Supérieur du Travail a eu à s'occuper de la situation des « gérants » de petits établissements industriels ou commerciaux et en particulier de succursales qui ont demandé soit directement, soit par l'intermédiaire de leurs associations syndicales à être légalement assimilés aux ouvriers et employés en ce qui concerne la législation du travail.

A l'heure actuelle, en effet, si certains gérants en profitent, d'autres au contraire sont en butte à ce sujet à de nombreuses difficultés du fait que ce terme, très large, englobe des situations différentes; en effet, il est facile de remarquer combien dans la vie courante, le mot « gérant » a pris des sens nombreux et variés. Il est devenu tellement compréhensif que l'on ne sait plus exactement à qui il doit être appliqué. La question est donc de savoir quels sont les gérants que leur situation et leur condition mettent à même de se prévaloir de la législation du travail et ainsi de connaître sans contestation possible quels sont ceux auxquels doit s'appliquer le nom de salarié.

Leur situation doit être examinée à un double point de vue.

**1^o Situation actuelle du gérant
à l'égard de son employeur.**

Les lois ouvrières n'ont en aucune façon et à aucun moment envisagé le cas des gérants salariés. En un point cependant, en ce qui concerne la garantie des cautionnements des employés ouvriers, textes qui s'appliquaient expressément aux commerçants et sociétés faisant déposer des cautionnements par les gérants de leurs succursales, le législateur a fait nettement connaître son intention au cours des travaux préparatoires : quoique cette mention ne figurât point dans la loi du 2 avril 1914 on doit considérer qu'ils ont été visés par elle car le texte de loi fut déclaré au Sénat lors de l'adoption définitive plus compréhensif que celui qui avait été primitivement adopté par la Chambre. D'après cette loi donc les gérants doivent être considérés comme des salariés au point de vue des cautionnements à déposer (1).

Quel est l'avis de la jurisprudence ?

Très souvent aussi bien en matière civile au sujet de contestations ayant trait à la compétence des juridictions prud'hommales où elle a admis leur compétence à propos de gérants qu'elle considérait comme des employés au sens du code du travail (Cass. civ., 12 avril 1923), qu'en matière criminelle

1. Crim., 23 oct. 1925. D. H. 1925.649.

au sujet des cautionnements où elle a admis que la protection de la loi « s'étend aux gérants de telles sociétés qui sont astreints à l'obligation de fournir un cautionnement et que dès lors ils doivent être considérés comme des employés au sens de l'article 32 a du Code du travail » (1) (Cass. crim. 23 octobre 1925), la Cour de Cassation en a fait des salariés.

Dans d'autres cas cependant et en particulier sur l'application de la réglementation du travail la Chambre criminelle, faisant état des clauses du contrat et de la situation dont jouissait en fait le gérant, a déclaré dans de nombreux arrêts ne pouvoir les regarder comme des employés (19 janvier 1907, 2 février 1907, 19 avril 1907, 2 août 1907, etc.). Malgré tout, et ce toujours dans des cas d'espèces, il existe aussi en sens contraire quelques arrêts (6 mars 1910, 8 juillet 1911, 1^{er} décembre 1922). La conclusion de ces arrêts semble donc être que pour déterminer quels sont les gérants auxquels on peut faire application de la réglementation du travail il faut tenir compte du degré de liberté et de responsabilité qui leur est laissé dans l'accomplissement de leur travail et aussi accessoirement du mode de rémunération adopté (2) (1^{er} décembre 1922).

1. Il a été également décidé au point de vue de l'application de la loi du 5 avr. 1910, que les gérants des succursales d'une société pour la vente des marchandises au détail ne sont pas des salariés, alors qu'ils n'ont pas d'appointements fixes et qu'il leur est laissé la plus grande initiative pour la direction de leurs succursales. Crim., 6 déc. 1912. S. 1914. 1.503.

2. Au contraire, l'agent commercial d'une société chargé de

2^o Situation actuelle des gérants
à l'égard du personnel sous leurs ordres

Au point de vue de l'hygiène et de la sécurité du travail le code les considère comme responsables sous les peines de simple police des infractions aux prescriptions légales ou réglementaires. En cette matière d'ailleurs, il est assez difficile de se former une opinion sûre car sont passibles des mêmes peines de simples préposés dont la situation juridique ne saurait faire aucun doute ; ces dispositions, peuvent s'expliquer, du fait que la bonne observation des règlements dépend en grande partie de leur surveillance et de leur bon vouloir.

La question est différente en ce qui concerne les autres dispositions de la réglementation du travail car il n'est plus question alors de responsabilité à l'encontre des préposés : on est donc fondé à se demander si elle peut être encourue par des gérants qui ne sont en fait que de simples employés. On peut trouver, niant cette responsabilité, quelques jugements sur les contraventions des employés subalternes.

Donc à côté de réglementations issues soit de la loi, soit de la jurisprudence, il y a des questions et notamment celles concernant la réglementation du travail, qui restent irrésolues.

toutes les ventes et de tous les marchés de cette société a été considéré comme un employé. Lyon, 25 oct. 1906. *Mon. Judic.*, Lyon, 2 sept. 1907.

Sur quoi en effet se base la jurisprudence pour faire la distinction entre les différentes sortes de gérants : celui qui peut être considéré comme chef d'établissement et celui qui doit être considéré comme employé ? Elle se base, ainsi que le montrent les arrêts précités, sur les faits suivants : à savoir que le gérant est seul dans sa succursale, qu'il a ou non la liberté de vendre ou d'acheter les marchandises, d'embaucher et de payer le personnel, de signer les commandes, factures ou autres pièces : de même elle tire aussi argument de ce qu'il verse un cautionnement ou paye lui-même les droits de licence ou de patente, de ce qu'il touche non un salaire fixe mais des remises sur les ventes ou des primes sur le chiffre d'affaires, etc..., etc.

Malgré tout, une fois ces observations faites, il est facile de remarquer combien elles ne peuvent viser que des cas d'espèce et ne sont pas à même de fournir un critérium sûr au point de vue général. Tous les caractères distinctifs précédemment étudiés ne paraissent pas devoir être suffisants, s'ils existent seuls, pour permettre de dire en toute sécurité et aussi exactement que possible si tel ou tel gérant doit être considéré comme un salarié et par là bénéficier de la législation protectrice du travail. Il faut de plus prendre garde à la tendance qu'ont certains industriels ou commerçants à convertir en pseudo-gérants de simples employés afin de se libérer ainsi des entraves souvent gênantes pour eux qui sont édictées par les lois.

Nous devons donc maintenant nous demander s'il ne conviendrait pas que le législateur intervienne pour réglementer la situation des gérants et, en cas de réponse positive, pour nous demander à quels caractères spécifiques il doit s'arrêter pour mener ce travail à bien. A ce sujet, il est certains faits qui avaient été retenus par la jurisprudence mais qui cependant ne semblent pas être décisifs et même seraient peu conformes au but poursuivi. Il suffit de citer par exemple, parmi les traits distinctifs qu'elle a dégagés, les faits d'être logé ou non par le chef d'entreprise ou de payer la patente, ce qui est exceptionnel et de plus facile à frauder. On pourrait en dire de même en ce qui concerne le droit d'embaucher et de payer les ouvriers et leur mode de rémunération ; fixe ou remise. On peut dire de ces divers éléments que leur présence ne peut en aucune façon être convaincante alors qu'au contraire leur absence doit être regardée comme étant indéniablement exclusive de la qualité de chef d'entreprise. Un individu peut bien continuer à être un gérant alors même qu'il embaucherait et payerait les ouvriers selon les instructions qui lui ont été données et sans faire preuve d'aucune initiative, alors que l'on ne conçoit pas un chef d'entreprise qui n'aurait pas en cette matière la pleine liberté d'agir à sa guise.

La Commission permanente du Conseil Supérieur du Travail, devant la complexité et l'intérêt de ces questions, a été amenée à rédiger un questionnaire en trois grands paragraphes dont le second

était lui-même subdivisé en cinq parties englobant toutes les remarques que nous venons d'envisager et qu'elle soumettait à la réponse de ceux qui directement étaient intéressés à la question (1).

**Revue sommaire de l'enquête
et des diverses réponses fournies.**

a) Syndicat général des maisons d'alimentation à succursales ;

Ce dernier s'élève contre l'idée de vouloir imposer une règle impérative aux magistrats afin de discerner si l'on est ou non en face d'employés : c'est vouloir aller contre la doctrine et la jurisprudence qui dans la matière proclament que c'est le contrat passé qui doit servir de guide et qu'il ne peut y avoir que des cas d'espèce. Agir ainsi, c'est augmenter la difficulté car il est plus facile de discerner les éléments de la subordination personnelle et

I. Voici la teneur du questionnaire :

I. — Etes-vous d'avis que tout « gérant » d'établissement, ou toute personne portant un titre analogue, dont les attributions ne présenteraient pas certains caractères distinctifs à fixer par la loi : 1^o doit être considéré, légalement, comme un employé au sens du Code du Travail ; 2^o doit bénéficier comme tel de la réglementation du travail, inscrite au livre II dudit Code ; 3^o ne puisse encourir d'autre responsabilité que celle pouvant incomber à un préposé ?

II. — Estimez-vous que pour perdre la qualité d'employé au sens du Code du Travail toute personne occupée dans un établissement à titre de gérant, ou à un titre analogue doive réunir les conditions suivantes :

1^o Exercer ses attributions sans que le chef d'entreprise soit habituellement présent dans l'établissement ?

2^o Etre à la tête d'un établissement occupant un nombre d'ou-

de les appliquer lorsque l'occasion se présente que de vouloir édicter une règle limitative qui ne saurait, en aucune manière, englober tous les aspects divers et changeants de la question. Ce syndicat ne considère comme vraiment important que la troisième partie du questionnaire, car quoique inexacte dans ses termes puisqu'elle suppose le gérant occupé dans l'entreprise alors qu'il est à la tête d'une entreprise propre, elle permet d'exposer l'aspect que devrait revêtir le problème. Pour qu'une personne puisse être considérée comme gérant et partant comme un employé il faut qu'elle ait passé un contrat de louage de services. Nous avons déjà eu l'occasion d'étudier, depuis le commencement de cette étude, quel était l'élément que l'on s'accorde à reconnaître comme étant le trait le plus caractéristique du contrat précité : ce trait, c'est la subordination personnelle et c'est à elle que l'on doit encore ici se référer pour savoir si l'on est bien

vriers ou employés à déterminer ? Et dans l'affirmative, quel nombre ?

3° Etre libre d'embaucher ou de renvoyer le personnel sous ses ordres ?

4° Etre libre de fixer le salaire et les conditions du travail de ce personnel ?

5° Etre intéressé dans les affaires ou les bénéfices de l'établissement de telle façon que le total de sa rémunération soit nettement supérieur au salaire gagné par les employés de la profession ?

III. — Quelles autres conditions doivent, à votre avis, être remplies, en sus ou en remplacement des conditions ci-dessus pour qu'une personne occupée dans une entreprise à titre de gérant ou à un titre analogue perde la qualité d'employé au sens du Code du travail.

en présence d'un employé. Sur ce point, le syndicat général des maisons d'alimentation nous donne l'indication de toute une série d'éléments qui à son avis sont constitutifs de cet état de subordination personnelle. Mais malgré tout, il s'empresse d'ajouter qu'en l'état actuel il est inutile et même dangereux de vouloir donner à toutes ces individualités essentiellement diverses un statut rigide qui ne pourrait s'appliquer à leur ensemble et qui ne correspondrait à aucune réalité concrète ; de plus, c'est vouloir agir à l'encontre de tout progrès social que de s'attacher à faire indistinctement de tous les gérants des employés et rabaisser ainsi le gérant libre dans l'exploitation de sa succursale au niveau de tous les autres individus qui n'ont de gérants que le nom et sont restés en fait de simples employés. En conformité de ces idées, ce syndicat a donc émis un vœu dans lequel il estime que l'objet de cette étude ne peut être pris en considération.

b) D'autres organisations cependant à l'encontre de celle dont nous venons d'examiner l'opinion se sont prononcées favorablement en vue d'une intervention de la loi : elles se basent sur ce fait qu'une loi même médiocre vaudrait mieux que l'incertitude qui est cause de difficultés fréquentes devant les tribunaux ; d'autre part, les gérants que vise l'enquête ne sont que des employés étroitement subordonnés à leurs patrons, il n'y a donc aucune bonne raison à vouloir leur dénier la qualité de salarié et les exclure ainsi du bénéfice de toutes les lois sociales.

c) Enfin, diverses organisations ont donné des réponses indiquant des solutions toutes différentes de celles précédemment envisagées et en particulier une très importante organisation patronale pense que les gérants susvisés doivent être munis d'un statut spécial car ils ne sont, à proprement parler, ni des patrons ni des employés. C'est à cela, pense-t-elle, qu'il faudrait en arriver si l'on reconnaissait impossible de les classer dans une des catégories juridiques déjà existantes ; s'appuyant sur les directives données par la jurisprudence pour la distinction du contrat du louage de services elle a proposé les définitions suivantes :

Gérant employé : On doit spécifier que la subordination, constitutive de leur contrat de louage de services, doit être « personnelle » c'est-à-dire qu'elle doit s'exercer sur sa personne et non pas seulement sur son travail, « directe » c'est-à-dire sans aucun intermédiaire, « continue » c'est-à-dire qu'il doit travailler continuellement pour le même employeur. C'est à celui-là seul auquel s'appliquerait la définition précédente que pourrait être concédé le bénéfice de la législation du travail.

Gérant mandataire : Ceux qui ne seraient pas liés aussi étroitement que nous venons de le décrire, ne sont que des mandataires au point de vue juridique.

Gérant associé : En cas d'absence d'un contrat de société écrit on retombe dans l'une des situations précédentes.

Il paraît donc inutile de créer un statut spécial puisque, comme nous venons de le voir, on peut arriver au moyen des règles existantes à déterminer la situation des gérants (1).

(1) *Modèle de contrat de gérance.*

Contrat contenant les conditions auxquelles les Etablissements remettent la direction de leur succursale.

1^o Elle (la gérante) dirigera le commerce d'après les instructions qui lui seront données par la Société ; elle devra recevoir la marchandise, la débitera et tiendra les écritures. Il est expressément défendu à la gérante d'acheter et de vendre des marchandises autres que celles livrées par la Société.

2^o La gérante tiendra elle-même le magasin ouvert le matin de 7 heures jusqu'à 20 h. 30 du soir chaque jour de la semaine et jusqu'à 13 heures le dimanche.

3^o La gérante est responsable des marchandises et objets qui lui seront confiés ; aucune indemnité ne lui sera accordée pour marchandises avariées par sa faute.

4^o Elle tiendra l'établissement en parfait état de propreté et à sa charge.

5^o Lors de la livraison des marchandises, la gérante devra à la réception faire la vérification des colis au point de vue poids et quantités et ne donner décharge au livreur qu'en cas d'accord. En cas d'erreur, elle devra le signaler sur sa fiche à retourner et faire les réserves nécessaires au livreur. Lorsqu'elle recevra les marchandises sans bon, elle devra immédiatement en établir deux ; un pour elle-même, un pour le bureau.

6^o Il sera fait, quand la Société le jugera utile, un inventaire des marchandises, objets de valeurs se trouvant dans la succursale précitée, et par l'entremise d'un membre des Etablissements. Cette personne remettra un double de cet inventaire à la gérante.

Si un inventaire accuse un déficit, la Société se réserve le droit de la révoquer sans délai, et d'exiger le remboursement immédiat du déficit constaté sans que cette personne puisse prétendre à aucune indemnité. Si la gérante est maintenue, le déficit constaté et dû devra être remboursé.

7^o Si la gérante veut abandonner ses fonctions, elle devra donner son congé un mois d'avance par écrit au siège de la Société.

Dans ce cas elle s'engage : 1^o à quitter le magasin de vente

Avis du service de l'Inspection du Travail.

Les indications données par l'Inspection du Travail portent surtout sur les réclamations émanant des intéressés ainsi que sur les difficultés que rencontre ce service du fait que la situation des gérants n'est pas bien déterminée, en ce qui concerne l'application des lois ouvrières.

dans la huitaine qui suivra la signification du congé ; 2° le reste de l'immeuble qu'elle occupe à l'expiration dudit congé et à suivre strictement les clauses de l'article 10 énoncées dans le contrat.

8° La Société se réserve le droit de congédier immédiatement du magasin une gérante, moyennant une indemnité de 200 francs. La gérante a versé 3.000 francs de cautionnement à son entrée en fonctions. (Ce cautionnement peut être prélevé par mensualités).

9° La gérante ne pourra se faire remplacer sans l'autorisation spéciale de la Société.

10° Elle ne pourra, pour quelque cause que ce soit (art. 6, 7, 8, 9, dudit contrat), pendant la durée et à l'expiration du contrat, s'installer à son compte ou gérer directement ou indirectement un commerce de même genre à moins de 1.000 mètres à vol d'oiseau, ceci pendant la durée de cinq ans.

11° Moyennant quoi la Société l'engage aux appointements suivants :

- a) Son logement qu'elle a visité et accepté ;
- b) L'éclairage du magasin ;
- c) Un fixe de 150 francs par mois ;
- d) 1 fr. 75 sur son chiffre d'affaires alimentation ;
- e) 3 fr. 50 sur la volaille, etc. ;
- f) 5 francs sur la confiserie ;

Loyer de logement évalué à 120 francs par mois.

12° En cas d'infraction aux dispositions qui précèdent, la gérante devra payer une indemnité que la Société fixera.

Toutes contestations seront de la compétence du Tribunal de...

Ce contrat est fait pour une durée de cinq ans qui commenceront à courir à partir de ce jour.

Fait en triple et de bonne foi.

Voici indiqués en substance quels sont les points qui sont le plus nettement marqués dans leurs observations :

Les inspecteurs du travail ont fait remarquer combien il était gênant pour eux de verbaliser à bon escient dans la matière ; très souvent, en effet, ils se sont abstenus de verbaliser de crainte de frapper des individus non responsables et d'autres fois c'est au contraire à la suite de procès-verbaux qu'ils se sont aperçus de leur erreur. A leur avis, il n'est pas douteux que beaucoup de personnes qui sont appelées improprement « gérants » ne sont en réalité que de simples employés ; il leur était donc difficile malgré les nombreux arrêts de cassation déjà cités et qui ont tenté de discerner les caractères principaux des gérants par opposition au salarié, de se prononcer en toute sécurité car, le même individu peut très souvent réunir des caractères à la fois constitutifs et exclusifs de la qualité de gérant. Tel pourra embaucher les ouvriers, mais ce, selon les instructions formelles de leurs chefs ; tel autre, et c'est le cas des vendeuses des dépôts de lait, fournira un cautionnement, touchera des remises sur les ventes, aura la responsabilité de ses marchandises, mais d'un autre côté restera soumis à un contrôle fréquent, ne vendra que des denrées imposées à des prix fixés et ne pourra ouvrir et fermer le magasin qu'à des heures également fixées.

D'une manière générale, les inspecteurs du travail sont unanimes à préconiser l'adoption de prescrip-

tions légales en vertu desquelles les gérants seraient considérés comme des employés sauf dérogations contraires prévues par la loi. Leur tâche en serait ainsi grandement facilitée et d'autre part cela permettrait de déjouer nombre de fraudes : en effet, et pour ne citer qu'elles, des patrons boulangers ont pris l'habitude de donner la fabrication du pain en « gérance » à leurs ouvriers pour échapper à la réglementation du travail de nuit ; il en a été de même dans les magasins de vêtements, de chapellerie, où les patrons ont confié la gérance de leurs différents rayons à des employés de façon à pouvoir les employer le dimanche.

Donc, au service de l'Inspection, on estime que pour perdre la qualité d'employé, un individu doit réunir les conditions suivantes :

Il faudrait que le chef d'entreprise soit habituellement absent, ou en tout cas qu'il ne soit présent que le temps strictement nécessaire au contrôle de l'administration de son gérant ;

De même, il doit avoir la faculté d'embaucher et de payer le personnel ;

Qu'il ait le pouvoir de fixer les salaires et les conditions du travail ;

Que ses appointements soient nettement supérieurs à ceux des employés sous ses ordres sans qu'il soit besoin de se référer à ses modalités : remises, commissions, etc., etc.

En plus de ces conditions, le service estime que l'on doit s'attacher à tous les éléments permettant

d'établir leur responsabilité au regard des lois et des règlements.

Etude des questions soulevées au cours des travaux
de la Commission permanente du C. S. T.

Il serait trop long et même inutile de rentrer dans le détail des controverses qui sont nées au sein de la Commission. Nous allons nous contenter d'examiner les réponses les plus typiques qui ont été données, en commençant par la note suivante sur la situation juridique des gérants des maisons d'alimentation à succursales élaborée par le syndicat général des dites maisons :

« Tenter de définir le terme « gérant » est chose irréalisable car sous cette appellation sont groupées une foule de personnes essentiellement différentes. »

La définition juridique du « gérant d'affaires », c'est-à-dire « celui qui gère l'affaire d'autrui sans mandat » ne saurait trouver sa place ici, car il est bien évident que ce n'est pas d'eux qu'a voulu s'occuper le C. S. T. ; il en est de même pour la définition des gérants de société du code de commerce.

De toutes les situations occupées par les individus auxquels on donne le nom de gérant et qui ne sont complexes qu'en apparence il n'en est aucune qui ne soit pas régie par des contrats civils ou commerciaux soit les uns expressément mentionnés par la loi, soit les autres véritables contrats *sui generis* que l'on s'accorde à considérer comme des cas

d'espèce dont les règles sont variables. Par conséquent, il est impossible et même contraire à l'esprit du Code civil, proclamant la liberté des contrats, de vouloir en faire une énumération limitative.

La présente étude doit donc se résumer à l'examen de la situation des individus liés par un contrat de louage de services et improprement appelés « gérants ».

Ceci posé et la définition du contrat de louage de services étant déjà connu, le rédacteur de la note estime ne pouvoir donner à ce sujet aucun renseignement utile car il n'utilise point pour son compte de tels employés mais au contraire de véritables associés liés par différentes sortes de contrats ; il n'y a entre ces gérants et la maison principale que des liens de dépendance exclusivement économique tels que ceux qui unissent les gérants dépositaires des produits d'alimentation, Potin ou Damoy, et les gérants concessionnaires des firmes d'automobiles, etc., etc. ; d'ailleurs, ces gérants se sont toujours montrés hostiles à toutes tentatives ayant pour but de diminuer leur personnalité et leur indépendance en les réduisant au rang de simples employés.

Les points envisagés dans le questionnaire du Ministère du Travail sont en contradiction avec la loi et la doctrine et ils sont d'autre part difficilement compréhensibles, car contradictoires en eux-mêmes. Demander en effet à quelles conditions une personne

perd sa qualité d'employé pour devenir un directeur d'établissement, en revient à demander à quelles conditions un employé perd sa qualité d'employé pour devenir un employé : tous les deux sont en effet liés par un contrat de louage de services et le directeur, sauf dérogations légales expresses, est assujetti aux lois sur la réglementation du travail. Pour quoi donc vouloir à tout prix un texte légal qui consacrerait une distinction inexistante alors que jusqu'à présent le juge a toujours su apprécier les contrats le plus exactement possible ? Quelle serait la situation d'un individu qui, suivant le plus ou moins de prospérité de ses affaires, deviendrait tour à tour un employé ou un directeur ?

Ces constatations une fois faites, on ne saurait plus que faire remarquer combien il est faux de vouloir faire dépendre la nature d'un contrat juridique de son importance ; c'est pourtant ce que l'on veut faire lorsque l'on dit que l'indépendance d'un individu doit s'apprécier au montant de sa rémunération ; il est facile de faire remarquer que le directeur d'un établissement comprenant un très nombreux personnel peut être un employé alors que le tenancier d'un petit bar peut être un gérant locataire libre ; de même le mode de rémunération, participation aux bénéfices ou au chiffre d'affaires, ne peut en rien modifier une situation juridique.

En définitive, le syndicat général des maisons d'alimentation à succursales estime que ce n'est pas la situation de « gérant » qui doit être précisée

mais au contraire celle d'employé et pour en arriver à ce résultat il n'est besoin que de se référer au critérium de la subordination personnelle tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence.

Nous allons maintenant examiner la note fournie parla Fédération Nationale confédérée des employés. Cette dernière estime que l'on ne peut faire aucune distinction, aux points de vue du travail et de la rémunération, entre les gérants ou personnes qualifiées telles et les employés proprement dits. Elle considère donc que les mêmes lois doivent s'appliquer aux deux situations en fait identiques. Aux conditions énumérées par le Ministère du Travail elle ajoute de plus que pour être appelé gérant un individu doit :

a) Etre libre de ses achats et maître de ses prix de vente ;

b) Etre remercié dans des conditions différentes de celles des employés, c'est-à-dire qu'il faut un délai congé, quelle que soit l'indemnité qui pourrait être stipulée ;

c) N'être astreint à aucune clause respective de non concurrence.

En résumé, elle pense que pour être considéré comme gérant un individu doit assumer la responsabilité civile et pécuniaire de sa gestion. Elle fait aussi la critique de l'étude précitée du syndicat des maisons d'alimentation car elle juge que ce dernier s'est placé à un point de vue trop exclusivement juridique ; la thèse soutenue par lui revient à dire

que le contrat conclu entre les gérants et les maisons d'alimentation fait d'eux des mandataires et de là on en déduit que toute la législation faite pour les employés leur est inapplicable. Il est cependant inadmissible qu'un contrat puisse ainsi rendre différentes des situations identiques d'autant que par la rédaction de ce contrat les maisons d'alimentation n'ont qu'un seul but : dissimuler la situation véritable d'employés auxquels on veut dénier le bénéfice des lois sociales (voir un discours prononcé à l'assemblée générale du syndicat des maisons d'alimentation à succursales de France, par M. Pierre François président dudit syndicat).

Au point de vue de l'application des lois ouvrières la Confédération nationale des débitants de boissons, hôteliers, limonadiers et restaurateurs a émis les avis suivants :

Elle estime que doit perdre la qualité d'employé, au sens du code du travail, tout gérant qui est à la tête d'un établissement comprenant un nombre d'employés qui pourrait être supérieur à cinq, étant bien entendu d'autre part qu'il remplit les fonctions d'un véritable directeur et qu'il est rétribué par un pourcentage sur les affaires ou sur les bénéfices de la maison : telle est la situation des gérants de restaurants et de cafés de Paris et de la province qui ne sont contrôlés que d'assez loin par le patron.

D'un autre côté, il est évident que la qualité d'employé ne peut être appliquée aux personnes qui louent tout meublés des cafés, hôtels ou restaurants

en payant une redevance annuelle : ce sont des commerçants.

Il ne saurait être question par conséquent d'appliquer à ces deux catégories la législation du travail, mais il n'en est pas de même en ce qui concerne les gérants de maisons à succursales multiples, car ne payant pas d'impôt sur le bénéfice commercial, ils sont au point de vue fiscal considérés comme des salariés. Il est donc normal qu'ils le soient aussi au point de vue de la législation du travail.

D'ailleurs il est très rare que les débits de boissons soient dirigés par de véritables gérants, en réalité ceux qui, dans les restaurants, cafés et hôtels dirigent la maison, sous le seul contrôle, par le patron de l'établissement, des recettes et des frais généraux, ne sont que des salariés.

La Fédération nationale des coopératives de consommation considère en général que le contrat passé avec leurs gérants est un contrat de travail et comportant par conséquent une certaine subordination. Pourtant, le nombre de gérants qu'elles emploient augmente considérablement et ils sont libres d'employer des aides qu'ils embauchent et payent directement ; elle estime inutile de modifier légalement la nature juridique du contrat de gérance et trouve préférable d'y voir selon les cas soit un contrat de travail soit, si le lien de subordination se trouve plus distendu, un contrat de commission.

En résumé, quoique ne voyant pas la nécessité de

modifier la législation existante elle ne ferait aucune opposition, si l'on jugeait utile de faire bénéficier les gérants des lois sociales,

Après avoir entendu les différentes opinions émises par les organisations ci-dessus, la Commission permanente du C. S. T. a fait élaborer par un de ses membres un rapport dont voici les traits principaux : la question qui se posait était de faire préciser si les personnes portant le qualificatif de « gérant » étaient ou non des employés, une réponse positive entraînant en leur faveur le bénéfice de toutes les lois ouvrières.

D'après les arrêts de cassation reproduits au début de cette étude, il apparaît que les gérants sont des employés, mais qu'ils ont la responsabilité du patron au regard de l'application des lois réglementant le travail du personnel sous leurs ordres et en fonction du degré d'autorité qui leur est accordé sur ledit personnel. Ces directives générales une fois tracées, où commence et où finit la fonction de « gérant » ?

Au haut de l'échelle sociale, dans la société en commandite par action, par exemple, le gérant est un véritable patron. Plus bas, dans certains grands cafés ou restaurants, le gérant n'est plus qu'une sorte de contremaître, un surveillant d'une des parties de l'établissement. Entre ces deux stades il existe toute une série de situations beaucoup moins nettement définies, dans les unes il s'agira de gérance à forme patronale (fonds de commerce loué forfaitairement à un gérant pour un prix et une durée déterminés), dans les autres il s'agira d'indi-

vidus dont le contrat fera ressortir une limitation dans leur liberté de gérer et qui ne seront que des locateurs de service.

D'une manière générale il ressort de l'enquête faite par la Commission permanente que les gérants doivent être regardés comme des employés, mais encore une fois, il ne peut s'agir de délimiter leur situation d'une manière définitive, tout au plus, peut-on citer, un certain nombre de caractères, qui, lorsqu'ils sont présents sont constitutifs de la qualité d'employé. Les voici tels qu'ils ont été énumérés par le rapport précité :

1° Le gérant ne doit acheter des marchandises qu'à la Société et ne peut en vendre d'autres ;

2° Il ne peut les vendre qu'au prix fixé par la dite société ;

3° Un préavis de huit jours donne toujours à la société le droit de se séparer de lui ;

4° La taxe sur le chiffre d'affaires doit être payée par la société ;

5° Le loyer doit être au nom de la société :

6° Les gains du gérant doivent être déclarés comme salaire et par suite il ne doit pas payer patente ;

7° Il doit lui être attribué une quotité sur le chiffre d'affaires ;

8° Un inspecteur peut à tout moment procéder à l'inventaire du stock dont le gérant reste responsable par le gage que fournit son cautionnement ;

9° Que ledit cautionnement bénéficie des avantages concédés par la loi ;

10° Qu'il n'est pas inscrit au registre du Commerce ;

11. Qu'il n'y ait pas de cas de faillite parmi ces gérants.

Une fois ces conditions remplies le caractère de dépendance du gérant à l'égard de sa maison est suffisamment établi pour n'être pas entamé par la présence des trois éléments ci-après :

1° Le gérant peut avoir la faculté d'engager directement le personnel qu'ils croit devoir s'adjoindre à la condition d'en assumer les frais ;

2° Il peut prendre à sa charge les frais d'une voiture de livraisons ;

3° Il peut avoir toute indépendance pour conduire sa succursale.

Il existe, en fait, de très nombreuses entreprises où ces sortes de dépenses sont supportées par des employés dont cela n'altère en rien la qualité.

De la lecture de cette énumération il semble résulter que le critérium du gérant employé doit être recherché dans ce fait qu'il n'est en aucune façon soumis aux risques de pertes de l'entreprise, c'est-à-dire que son traitement fixe doit lui être garanti contre toute éventualité, étant bien entendu, que ce dernier ne saurait être confondu avec les rémunérations accessoires telles que remises et commissions qui sont essentiellement liées aux variations intermittentes du chiffre d'affaires d'une maison.

Au terme de cet examen sur la situation juridique

des gérants de maisons à succursales multiples nous sommes amenés à constater une fois de plus la vitalité et la sûreté du critérium jurisprudentiel de la subordination personnelle ; il nous a permis de déterminer la situation juridique de nombreuses catégories de travailleurs et particulièrement en cette matière si complexe il s'est avéré comme le seul vraiment cohérent et précis (1). Cependant, cela ne pourrait nous faire perdre de vue, que dans certains cas il est nécessaire de l'élargir en faisant appel à une idée de dépendance économique pour tenir compte des nécessités de la vie moderne et faire participer ainsi de nombreux travailleurs partiellement indépendants à la protection que les lois réservent aux salariés.

1. Tout dernièrement la Cour de Cassation dans un arrêt du 6 juillet 1931 (*Gaz. Pal.*, 1931, 1.241) a encore écarté à propos des gérants de succursales, l'interprétation extensive de l'expression « salariés », préconisée par l'administration ; d'après cette décision, la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; la qualité de « salarié » implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination à la personne qui l'emploie. N'est donc pas un salarié, immatriculé obligatoire aux Assurances sociales, le gérant d'une des succursales d'une société exploitant des magasins de détail, alors que la convention intervenue n'a pas eu pour effet de placer le gérant sous la direction, la surveillance et l'autorité de la Société, qu'il est indépendant dans sa gestion et dispose librement de son temps, qu'il engage à ses frais et sous sa seule responsabilité le personnel indispensable à l'exploitation, qu'il ne reçoit aucun traitement et est rémunéré au moyen de remises proportionnelles au montant des ventes. Voir à propos de la même décision Trib. Civ. Toulouse, 9 janv. 1931 (*Gaz. Pal.*, 1931, 1.132) et comm. cantonale de Toulouse, 25 oct. 1930 *Gaz. Pal.*, 1931, 1.110.

CHAPITRE V

DE QUI LE SALARIÉ DOIT ÊTRE ENCORE DISTINGUÉ ?

Le salarié offre encore quelques analogies avec divers autres individus dont il importe de le distinguer. Ainsi, il n'est pas sans affinités avec le mandataire salarié et avec l'associé, surtout lorsqu'en plus de son salaire fixe, il touche une part dans les bénéfices. Nous allons, dans les développements qui vont suivre, examiner ces deux situations.

SECTION I.

Salarié et mandataire.

En droit romain, le caractère essentiel du mandat n'était pas comme aujourd'hui la représentation, du fait que le principe même de la représentation était inconnu. Les romains avaient établi une hiérarchie entre les services que peuvent rendre les hommes : il y avait les services mercenaires qui comportaient une estimation et pouvaient parfaite-

ment s'acquitter en argent et il y avait aussi d'autres services qui n'étaient pas estimables et qui ne pouvaient pas par conséquent être rémunérés. C'est parmi ces derniers que l'on devait ranger le mandat. Le mandataire rendait un service d'ami, un service inappréciable qui était essentiellement gratuit (1).

Dans notre ancien droit, qui avait gardé sur ce point la tradition romaine, le mandat était encore gratuit par nature. « Autrement, dit Pothier, le contrat n'est pas un contrat de mandat, c'est une autre espèce de contrat, c'est un contrat de louage, c'est *locatio operarum* » (2). Aujourd'hui, la gratuité n'est plus de l'essence du mandat, il en résulte que la ligne de démarcation entre le mandat lorsqu'il est salarié et le louage de services apparaît moins nettement.

Du fait que le mandataire peut, de nos jours, être aussi et est même le plus souvent salarié, il en résulte que le salarié et le mandataire ont de nombreux points communs et sont parfois assez difficiles à distinguer l'un de l'autre. Cependant le premier a passé un contrat de services ayant pour objet des faits d'ordre purement matériel qui se résument en des travaux à exécuter alors que le second a pour fonction propre d'accomplir des actes juridiques pour le compte de son mandant : l'article 1984 du Code civil suppose en effet que le mandat consiste

1. L. I, § 4. Dig., liv. 17 tit. I, *Mandati vel contract.*

2. *Traité du mandat* n° 22, Edit. Puquet, t. 5., p. 181.

dans la collation du pouvoir d'agir dans l'intérêt du mandant et l'emploi de ce mot indique bien qu'il s'agit d'actes juridiques.

Il faut faire de suite une remarque qui ne laisse pas que d'avoir une assez grande importance. Il ne suffit pas qu'une personne collabore à un acte juridique pour que cela lui confère *ipso facto* la qualité de mandataire ; il y a en effet dans tout acte juridique deux éléments distincts : la volonté qui est l'apanage de l'auteur de l'acte et son exécution matérielle qui peut être confiée à un tiers. Pour être considérée comme un mandataire, la personne doit avoir elle seule la volonté d'accomplir cet acte juridique ; quant à celui qui est chargé des faits matériels, comme la transmission d'un message dans la conclusion d'un contrat entre absents, il ne saurait à aucun moment se prévaloir d'une autre qualité que celle de simple employé salarié. M. Planiol fait une application de cette idée aux employés des chemins de fer, des P. T. T. délivrant des billets ou des timbres-postes, ou encore recevant des télégrammes, le tout moyennant un tarif fixe qu'il ne leur appartient pas de changer : ce ne sont pas des mandataires, car les actes qu'ils accomplissent ne sont nullement déterminés par leur volonté et ces agents pourraient aussi bien être remplacés par des machines de distribution automatiques (1).

De même, en partant de cette idée, il apparaît que les médecins, les avocats et les notaires ne sont

1. Ihéring, *De la coopération dans les actes juridiques*.

point les mandataires de leurs clients en ce sens qu'ils n'accomplissent pour eux aucun acte juridique et n'agissent pas en leur nom : ils travaillent pour autrui, mais cela en leur propre nom.

Cette distinction entre salarié et mandataire offre de grands intérêts pratiques, spécialement en ce qui concerne la faculté de révocation et les indemnités à raison des accidents du travail : application, selon les cas, de la loi du 9 avril 1898 ou de l'art. 2000 du Code civil (1).

M. Capitant observe de même que la distinction est difficile lorsqu'il s'agit des avocats et des architectes dans leurs rapports avec leurs clients, des notaires lorsqu'ils font des formalités (inscriptions d'une hypothèque, transcription d'un acte) ou des démarches (placements de fonds). La situation des agents d'assurances au regard de leurs compagnies est aussi sujette à controverses (2).

Aux intérêts de distinction déjà énumérés, on peut encore ajouter qu'il existe une action solidaire du mandataire contre les mandants, au contraire de ce qui se passe dans le louage de services ; au cas de mandat salarié, les tribunaux peuvent réduire le salaire promis s'ils estiment que son taux est trop élevé par rapport aux services rendus, ils ne peuvent pas en faire de même pour le salaire proprement dit (3).

1. Gand, 9 fév. 1904, *La Belgique Judiciaire*, du 20 mars 1904.

2. Colin et Capitant, *Tr. de Dr. civ.*, p. 707.

3. Paris, 26 nov. 1928, *Gaz. Pal.* des 16 et 17 déc ; Cass. Req., 24 avr. 1928. D. II. 1928. 286.

A son avis, les deux critères préférables sont, d'une part que le louage de services suppose une subordination du locateur de services, ouvrier, employé, ingénieur, directeur, que ne comporte pas le mandat, et, d'autre part, que le louage de services absorbe toute l'activité du locateur, tandis que le mandat ne vise qu'un ou plusieurs actes bien déterminés. D'ailleurs, il peut y avoir en même temps contrat de travail et mandat, et un employé peut agir dans tel cas comme mandataire de son patron, dans tel autre comme *locator operarum*.

On a cherché aussi le trait distinctif du mandat dans l'idée de représentation. D'après MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, le locateur de services se distingue du mandataire en ce qu'il ne représente pas le mandant ou que tout au moins cette représentation n'est jamais qu'accessoire (1). Parfois, la jurisprudence s'est rattachée à ce critérium ; ainsi il a été jugé tout dernièrement que le directeur administrateur d'une entreprise théâtrale, lié à celle-ci par un incontestable lien de subordination, ne peut être considéré comme un mandataire, si le mandat dont il est investi n'est que l'accessoire de ses fonctions et le moyen matériel qui lui est donné pour les remplir. En cas de rupture du contrat, il faut appliquer les règles du louage de services et le con-

1. Baudry et Wahl, *Du louage*, t. 2, n° 337. Guillouard, *Du mandat*, n° 27.

seil des prud'hommes est compétent pour connaître de ces litiges (1).

En définitive, ce qui rend surtout la question délicate, c'est que ce lien de subordination que nous avons reconnu tout au long de notre étude être la pierre de touche de la notion de salarié, se retrouve aussi dans la situation du mandataire à l'égard de son mandant. Cependant, on ne saurait pas ne pas remarquer la différence primordiale qui existe entre ces deux individus : l'un, le mandataire a pour mission principale de représenter autrui dans l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques suivant les clauses du contrat qui le lie alors que le salarié effectue à proprement parler un travail quelconque pour autrui. Ainsi l'employé supérieur d'une compagnie, qui a été envoyé par elle dans un pays étranger avec mission de la représenter tant à l'égard des tiers que de son personnel, de diriger ses affaires dans un vaste rayon, de donner des ordres, de signer des contrats et de faire tout ce qui semblerait convenable à ses intérêts est un véritable mandataire et non pas un simple locateur de services (C. C. art. 1984, 2.000). Si donc cet employé a trouvé la mort dans l'exécution de son mandat, par suite d'un cataclysme naturel, la veuve et ses enfants ont droit vis-à-vis de la compagnie à des dommages-intérêts (art. 2.000 C. C.). Un simple employé, lié à

1. Cons. Prud'. Seine, 11 juil. 1929. D. H. 1929.584 ; voir aussi antérieurement Civ., 14 avr. 1886, D. P. 1886.1.120. 1^{er} Arrêt et Req. 28 oct. 1907. D. P. 1908.1.481.

la compagnie par un contrat de louage de services n'aurait droit, dans le même cas, à une indemnité qu'en prouvant une faute de la compagnie (1) (art. 1382).

Evidemment, le mandataire peut être salarié, comme on vient de le voir, car on peut considérer que représenter autrui cela implique un certain travail de la part du représentant, mais de toutes façons, ce n'est pas ce travail à produire que le mandant demande à son mandataire, ce qu'il attend de lui c'est qu'il fasse naître à son profit des droits dont il tirera parti plus tard. C'est en s'inspirant de cette idée, que la jurisprudence décide qu'un mandataire ne peut recevoir qu'une indemnité proportionnelle à ses frais, tandis qu'elle ne limite aucunement la rémunération d'un salarié.

Après avoir exposé ces idées générales, nous allons continuer notre étude par l'examen de quelques situations délicates, à savoir celles de l'agent d'assurances, du représentant de commerce, du directeur technique d'une société et enfin des membres des professions libérales (avocats, médecins, architectes, notaires etc.).

§ 1. — Les agents d'assurances

Au point de vue doctrinal, les agents des compagnies d'assurances peuvent être regardés comme

1. Req. 28 oct. 1907. D. P. 1908.1.481, précité.

réunissant la double qualité de mandataire et de locateur de services, les règles du mandat étant applicables aux actes par lesquels il a contracté avec les tiers comme représentant de la compagnie et celles du louage de services à ses rapports personnels avec cette même compagnie.

La jurisprudence, sur ce point, avait marqué de nombreuses hésitations se référant tantôt à l'un, tantôt à l'autre des deux contrats. De la sorte, on peut trouver au début de ce siècle des décisions affirmant que le contrat qui lie une compagnie d'assurances à ses agents ou inspecteurs est un louage de services (1). D'autre part, celui qui en qualité de gérant d'une agence d'assurances, reçoit un traitement mensuel fixe et un droit proportionnel sur les affaires qu'il réalise pour le compte de la compagnie peut être considéré comme un locateur de services (2).

Mais il a été aussi décidé en sens contraire, que ce contrat est un mandat salarié et que la compagnie peut révoquer son agent ou son inspecteur sans être tenue d'aucune indemnité (3). Dans cet ordre d'idées tendant à leur refuser la qualité de

1. Ainsi, la compagnie d'assurances qui donne congé à son représentant dans une région de la France conformément aux stipulations du contrat de louage de service intervenu entre eux sans délimitation de durée ne peut être tenue de payer des dommages-intérêts que si ce faisant, il est établi qu'elle a abusé du droit que lui donnaient la loi et la convention (Civ. 29 juin 1903. D. P. 1903.1.440).

2. Req. 16 avr. 1907. D. P. 1907.1.445.

3. Req., 9 juill. 1885. D. P. 1886.1.310.

préposé, on a dit encore que l'agent d'assurances était un agent d'affaires spécialisé dans les opérations d'assurances, il doit donc avoir la qualité de commerçant par l'application de l'article 632, alinéa 4 du Code de Commerce, tout au moins lorsqu'il opère en son propre nom et non comme représentant attitré d'une ou de plusieurs compagnies vis-à-vis desquelles il est lié par un contrat de louage de services (1). Au surplus, le décret du 27 septembre 1906 fait figurer les agents d'assurances ayant un ou plusieurs employés parmi les personnes assujetties, comme ayant une profession commerciale et ce en vertu de la loi du 12 avril 1906, à la législation sur le risque professionnel. Mais, au point de vue de la qualité de commerçant, la présence d'agents ou d'employés est indifférente (2). Malgré cela il fallait bien se garder d'émettre des opinions trop nettes, car les contrats susceptibles d'intervenir entre les compagnies d'assurances et leurs agents, pouvant varier à l'infini, il doit en cette matière être tenu un grand compte des circonstances de fait (3).

La loi du 16 décembre 1927 relative à ce contrat à eu pour effet d'étendre aux agents d'assurances le droit commun qui régit d'ordinaire les relations entre employeurs et employés.

1. Civ. fin janv. 1908. D. R. 1908.1.80, 1^{re} partie.

2. Trib. Paix. Quimper, 20 nov. 1907. *Bull. Décis. Juges de Paix*, 1908, p. 13.

3. Req., 26 oct. 1891. D. P. 92.1.411 et les conc. de l'an. Gen. Feuilolery.

Quelle a été sa raison d'être ? M. J. Courtier l'expose dans son rapport au Sénat (1) : cette loi s'explique par le caractère spécial de la profession d'agents d'assurances et par la nature particulière des conventions qui lient ces agents aux compagnies qu'ils représentent. Lors de leur création, les compagnies se sont adressées pour cet office à des hommes compétents, honorablement connus et qui étaient ainsi à même de les servir au mieux de leurs intérêts ; les conventions qu'elles passaient avec eux leur confiaient, en même temps qu'un secteur d'affaires déterminé, la gestion de leur portefeuille ; de plus, ils étaient uniquement rémunérés au moyen de commissions de natures diverses, ils n'avaient pas de traitement fixe. Par contre, restaient à leur charge tous les frais résultant des affaires qu'ils avaient à traiter (agrandissements, frais de locaux ou d'auxiliaires, etc.). Ils ne sont donc pas des salariés puisqu'ils ont une indépendance trop grande ; ils ne sont pas non plus des courtiers puisqu'ils sont obligés de réserver toutes les affaires à leur compagnie et qu'ils n'ont pas de personnalité commerciale. Juridiquement, ils ne sont pas non plus des mandataires car créer ou développer le portefeuille de la compagnie, cela ne constitue pas un acte de gestion, et d'autre part, pour mener à bien cette gestion du portefeuille, ils ne bénéficient pas de l'indépendance morale et juridique, inhé-

1. *J. O. Doc. parl.*, oct. 1927, p. 543.

rente au mandat, car celle-ci s'est effectuée selon des règles strictes et ils sont placés sous la surveillance, parfois très étroite, d'inspecteurs.

Donc il ne semblait pas qu'ils puissent rentrer dans les catégories de travailleurs bénéficiant de l'article 1780 du Code civil : ils gardent, en effet, une trop grande initiative et une trop grande liberté d'allure pour être des salariés et d'un autre côté, leur travail étant tout entier réservé à des sociétés, on ne peut pas dire qu'ils travaillent pour leur propre compte. Il en résultait que les compagnies pouvaient en user avec le plus grand arbitraire à leur égard : c'est en vue de remédier à cette situation que la loi nouvelle est venue les faire bénéficier de l'article 1780 (art. 23, livre 1^{er} Code du travail).

Aujourd'hui, par conséquent, quoique cela ne soit pas dit expressément, on doit faire prévaloir la qualité de salarié sur celle de mandataire.

§ 2. — Les représentants de commerce.

La nature du contrat qui lie les représentants de commerce aux maisons pour lesquelles ils placent des marchandises et dont ils reçoivent, à titre de rémunération, des commissions proportionnelles aux affaires traitées par eux, est depuis longtemps discutée. Les uns le considèrent comme un mandat, les autres comme un louage de services.

Pour les qualifier de mandataires on s'est fondé

tantôt sur ce qu'ils faisaient des affaires, pour le compte des entreprises commerciales près desquelles ils étaient accrédités, en leur nom personnel ; tantôt, sur ce qu'ils n'étaient pas rattachés à ces entreprises par un lien de dépendance et de subordination ; tantôt enfin, sur ce que le mode de rémunération ne présentait pas la fixité qui, en principe, caractérise le prix dans le louage de services. D'après cette opinion, ils ne pouvaient donc pas être justiciables du Conseil des prud'hommes (1), ils ne pouvaient pas se prévaloir de l'ancien article 549 du Code de commerce pour le privilège accordé aux commis des commerçants en faillite ou en liquidation judiciaire, ils étaient révocables *ad nutum* (2), toutefois, cette révocation pouvait donner lieu à des dommages-intérêts si elle était trop intempestive et préjudiciable au mandataire.

D'après une autre conception, le représentant de commerce serait un employé (3). Mais, sur ce point, on a encore avancé qu'en admettant qu'il ne soit pas lié par un contrat de mandat, on aurait plutôt affaire à un louage d'industrie qu'à un louage de services, car le lien de subordination exigé pour l'existence de ce dernier contrat semble faire ici dé-

1. Civ., 18 oct. 1918. D. P. 1911.1.445 ; 8 fév. 1926. D. P. 1926.1.192.

2. Nancy, 2 fév. 1909. D. P. 1910.2.268 ; Paris, 28 janv. 1911 D. P. 1912.2.167 et 15 janv. 1924. D. P. 1924.2.156.

3. Baudry et Wahl, *Traité du louage*, t. 2, n° 1641 et 1641 bis et *Traité du mandat*, n° 390 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 3,

faut (1). Il en serait de même pour le simple placier dont la rétribution ne consiste qu'en une commission sur les affaires apportées par lui (2).

La législation récente est entrée délibérément dans la voie de leur assimilation à des locateurs de services. Nous allons essayer de retracer rapidement les étapes de cette évolution :

1^o Au point de vue des tribunaux compétents, l'intention de rendre les représentants et voyageurs de commerce justiciables des conseils de prud'hommes a été formellement exprimée lors de la discussion de la loi du 27 mars 1907 déjà étudiée (3). Or, d'après les termes mêmes de l'article 1^{er} de cette loi, les conseils de prud'hommes sont institués pour juger les différends nés à l'occasion de l'exécution du contrat de louage de services. On peut consulter dans le même sens deux jugements des tribunaux de la Seine et de Rouen qui décident que les intermédiaires de commerce, même payés à la commission mais qui sont sous la dépendance et la subordination de leur maison, sont des locateurs de services (4).

2^o En ce qui concerne le privilège de l'article 549

1. Voir en ce sens Civ., 18 oct. 1910 précité et Paris, 28 janv. 1911. D. P. 1912.2.166.

2. Limoges, 18 déc. 1903. Pand. Fr., 1904.2.343.

3. Rapp. Groussier et Strauss, précités ; consulter aussi Déclaration de M. Viviani, Min. du Trav. D. P. 1907.4.89, note 2, 3^e col. *in fine*, lettre E.

4. Trib. Rouen, 13 oct. 1925. D. H. 679 et Trib. Seine, 5 déc. 1924. D. P. 1926.2.141.

du Code de commerce, nous avons vu qu'il avait été étendu aux commis attachés à une ou plusieurs maisons de commerce, sédentaires ou voyageurs, aussi bien pour leurs appointements fixes que pour leurs remises ou commissions. Mais les représentants de commerce et placiers en avaient été écartés : ils y ont été compris avec la loi du 17 juin 1919 et ils ont été ainsi assimilés aux commis qui sont vraiment des salariés.

3^e L'article 2 de la loi des finances du 30 juin 1923, accorde l'exemption de la patente aux voyageurs, représentants ou placiers du commerce et de l'industrie travaillant pour une ou plusieurs maisons, quelque soit le mode de rémunération. Ils sont donc mis sur le même rang que les commis et toute personne travaillant à gages, autrement dit des locuteurs de services qui bénéficient de cette exonération depuis l'article 17 de la loi du 15 juillet 1880.

4^e Enfin, la loi du 23 avril 1924 a ajouté à l'article 44 du livre 1^{er} du Code du travail que les commissions des représentants donneront lieu désormais à règlement tous les trois mois. Cela montre bien que l'on veut les confondre avec le salaire proprement dit, alors qu'auparavant elles semblaient en être séparées.

La jurisprudence la plus récente s'est unie à la doctrine et elles accusent des tendances identiques à considérer ces individus comme des salariés. Elles ne font en cela que se rallier à l'opinion des intéressés qui revendiquaient la qualité d'employés, car

les dispositions du Code du travail qui leur seraient alors applicables, leur assureraient une protection et des facilités enviables. Pour n'en citer qu'un exemple, si l'on voyait en eux des mandataires, ils seraient justiciables des tribunaux ordinaires, alors qu'étant des employés ils ressortissent de la juridiction des prud'hommes dont la procédure de jugement est plus rapide et dont les décisions sont malgré cela assujetties à l'appel devant les tribunaux civils et au pourvoi en cassation.

Il ne faut d'ailleurs pas exagérer cette portée des règles impératives édictées par la législation du travail ; elles ne se manifestent guère qu'à l'intérieur du contrat de travail et, pour le reste, les contractants, peuvent selon l'article 1134 du Code civil, traiter dans le sens qu'ils l'entendent et suivant les cas, les maisons de commerce pourront faire de leurs agents soit des mandataires, soit des salariés. Le juge sera lié par les termes du contrat.

Un arrêt de la Cour de cassation du 18 octobre 1910 dont nous avons déjà eu l'occasion de citer des points importants, avait exigé la présence de trois conditions pour qu'il y ait mandat : paiement au moyen de commissions proportionnelles ; représentation simultanée de plusieurs maisons ; absence de tout lien de subordination (1). Si l'on se reporte à ce qui a été dit plus haut (voir 2^o et 4^o), on constate que les deux premières conditions sont devenues

1. Voir *supra*.

nulles par suite des progrès de la législation. Mais la troisième subsiste dans toute sa force et l'on sait que c'est par elle que l'on peut distinguer juridiquement le salarié de l'entrepreneur car elle est la caractéristique essentielle du contrat de travail ; pour se rendre compte de sa présence le juge devra aussi se référer à l'intention des parties et en cas de doute, on devra faire prévaloir ce dernier sur le mandat. On en retrouve de nombreuses applications et les conseils de prud'hommes en particulier ne se sont reconnus susceptibles de juger les contestations entre les commerçants et leurs représentants que si ces derniers sont dans un état de dépendance et de subordination (1). De plus, au point de vue fiscal c'est cette condition qui permet de déterminer si les représentants doivent être imposés pour des bénéfices non commerciaux ou pour des traitements ou salaires (2).

Il est bon d'ajouter que lorsqu'il résulte des circonstances de la cause que la qualité de mandataire doit prévaloir, ils peuvent être tenus pour commerçants mais seulement s'ils font habituellement des actes de commerce (Code de commerce art. 1.632, 633) et contractent des obligations personnelles. Dans le cas contraire, s'ils ne possèdent aucune personnalité commerciale et se bornent à recevoir

1. Civ., 8 fév. 1926, précité ; Trib. Civ. Lyon, 19 déc. 1907. D. P. 1908.5.23.

2. Cons. d'Et., 30 janv. 1925. D. P. 1925.3.46 et 17, 24 et 31 juil. 1925. D. P. 1926.3.20.

des commandes et à les transmettre ils sont des salariés et par suite ne sont pas assujettis à l'inscription sur les registres du commerce (1).

§ 3. — **Directeurs administrateurs et directeurs techniques des sociétés anonymes.**

Le directeur d'une société anonyme nommé par le conseil d'administration pour régler et diriger le travail des bureaux et qui, en dehors de cette partie technique, n'est chargé que de l'exécution des décisions du conseil d'administration est un simple mandataire qui dès lors, n'a droit à une indemnité que s'il est révoqué brusquement sans cause légitime et eu égard à ce que cette révocation avait de trop abusif (2). Ce n'est pas un simple préposé lié à la société par un contrat de louage de services, tel que le serait un directeur technique investi de fonctions spéciales et déterminées. Ainsi donc on a affaire à un directeur administrateur et non à un directeur technique lorsque le mode et les conditions de sa nomination, le caractère et l'étendue de ses attributions, ne permettent pas de le considérer comme un simple agent d'exécution, délégué du conseil d'administration mais que, placé à son côté,

1. Trib. Comm. Lyon. 23 juil. 1925. D. P. 1927.2.110 ; trib. civ., 3 nov. 1927. D. H. 44.

2. Paris, 8 mars 1886. S. 1887.266, consulter aussi sur cette question de la révocation la loi du 24 juil. 1867, article 22 et l'article 2.004 du C. C.

il est comme lui un mandataire direct de la société (1).

Il est d'usage dans les sociétés anonymes de charger de l'ensemble des affaires sociales, une personne prise parmi les administrateurs ou parfois en dehors d'eux : ce fonctionnaire qui, suivant les cas s'appelle directeur, administrateur délégué, agent général, ou secrétaire général est le mandataire de la société, c'est lui qui a la direction des intérêts sociaux, intervient dans tous les contrats et dans toutes les instances comme représentant de la société et exécute les décisions du conseil d'administration. A côté de ces agents, il peut exister aussi un autre fonctionnaire qui a des pouvoirs tout différents ; quelquefois un individu, appelé aussi directeur, est désigné pour diriger des usines ou des services spéciaux à raison de ses compétences scientifiques. Ces deux personnages ne diffèrent pas seulement par la nature des fonctions qu'ils exercent, mais ils sont aussi soumis à des règles particulières en ce qui concerne la révocation. Il pourra y avoir plusieurs sortes de directeurs techniques, chacun dans sa partie : ingénieurs, chimistes, commerciaux, etc. les uns et les autres ne sont que des salariés, liés à la société par un contrat de louage de services. Ils ne sont donc point révocables *ad nutum*, comme l'est le directeur administrateur, aux termes de la loi de 1867 et l'article 1780 du

1. Paris, 30 avr. 1878. S. 1878.1 313 et 4 nov. 1886. S. 1886.2. 235.

Code civil leur est applicable au cas de congédiement sans motif légitime (1).

A ce sujet, il appartient aux juges du fond de décider que, le lien de droit qui unit une personne à une société est celui d'administrateur délégué et non celui de directeur technique (2). Pour cela, la Cour de cassation s'est attachée à l'existence d'un lien de subordination entre le directeur technique et les administrateurs de la société (3). Somme toute, ainsi que l'on peut facilement s'en rendre compte, il y a là, une distinction nullement arbitraire, elle correspond en effet exactement à celle qui existe entre le mandat et le louage d'ouvrage et de services.

La doctrine est d'accord en cette matière avec la jurisprudence. D'après MM. Baudry et Wahl (4) « le directeur technique est un véritable locateur d'ouvrage : il fournit ses services pour la gérance des affaires sociales ; il ne fait d'ailleurs que remplir les fonctions de gérant d'une exploitation commerciale, lequel est certainement un locateur d'ouvrage ». Ils en concluent qu'il n'est pas révocable *ad nutum*. Selon MM. Lyon-Caen et Renault, le directeur administrateur dans une société anonyme est un fonctionnaire ou employé principal de ladite société qui, sous les ordres des administrateurs dirige l'ensem-

1. Req. 12 déc. 1892. S. 1893.1.72. D. 1893.1.164.

2. Cass. Req. 15 juin 1925. D. H. 1925.465.

3. Civ. 9 juil. 1923. D. P. 1926.1.40.

4. Baudry et Wahl, *Du mandat*, n° 393.

ble des affaires sociales, intervient à tous les contrats et dans toutes les instances comme représentant de la société et est par conséquent essentiellement révocable sans indemnité comme les administrateurs eux-mêmes » (1).

Cependant l'application des idées ci-dessus énoncées est parfois délicate car dans nombre de cas, les pouvoirs du directeur tiennent à la fois du mandat et du louage de services. Dans les grandes sociétés surtout, le technicien préposé à la direction d'une exploitation ou à la gestion d'un service est parfois investi dans une certaine mesure du pouvoir de représenter la société dans les actes juridiques afférents aux affaires dont il a la charge. Dans ces cas, les tribunaux devront se décider d'après ce qu'ils estiment être le caractère prédominant du contrat (2).

Ce sont les nécessités des affaires qui obligent souvent le directeur technique à prendre une grande initiative et à agir *proprio motu*. Sans doute, doit-il seulement proposer et ne passer à l'exécution qu'après acquiescement, en ce qui concerne l'augmentation du matériel, les marchés de matières premières, les changements de main-d'œuvre intéressant les frais généraux tels que les changements de contremaître ou de tout personnel au mois. Mais il

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 2, 2^e partie, n° 835.

2. Req. 22 déc. 1913 D. 1916.1.113. Civ. 9 janv. 1928. D. H. 1928.153 ; req. 12 nov. 1928. D. H. 1928.573.

peut cependant de son propre mouvement trancher des questions courantes, de fabrication, d'engagement et de renvoi du personnel, intéressant les frais de fabrication, de choix et d'emploi de telle ou telle matière première, etc. En résumé, un administrateur délégué peut seul et à l'exclusion du directeur technique, augmenter de lui-même les frais généraux ou les frais d'installation ou de matériel. Du jour où ces deux fonctions seront réunies sur la même tête, la difficulté deviendra très grande, car tout ce qui aura été fait aura pu l'être au titre d'administrateur délégué ; il en sera de même au cas où le directeur technique aurait en plus des pouvoirs de caisse, ce sera toujours là en effet une grave présomption qu'il y a fraude et qu'il n'est en réalité qu'un administrateur délégué ou un directeur général déguisé ; pour l'éviter, il faudrait qu'il ait la précaution d'exiger pour tous les actes faits en exécution de ce pouvoir, le contre-seing d'un autre administrateur (1). Il est bien entendu que le directeur technique demeure un employé encore qu'il soit chargé de l'administration commerciale, s'il ne l'est qu'à la façon d'un simple commis, ayant notamment l'obligation de rendre journellement des comptes (2).

Il résulte donc de ces développements que le directeur technique est celui qui s'occupe de la

1. Trib. Comm. Lyon, 24 oct. 1924. D. P. 1928.2.135 et la note de M. Gabolde.

2. Chambéry, 28 fév. 1900, précité.

société uniquement au point de vue industriel et commercial, il n'administre pas, il est l'agent du conseil d'administration. Le directeur administrateur est celui qui est chargé de l'ensemble des affaires sociales, c'est-à-dire qu'il surveille les diverses branches de l'exploitation, il a des pouvoirs autonomes.

Pour que cet exposé soit complet, il semble bon de dire un mot en terminant des solutions intervenues en matière fiscale au sujet de sociétés anonymes.

D'après la loi du 31 juillet 1917 dont l'article 23 assujettit expressément à l'impôt cédulaire un certain nombre de revenus du travail et particulièrement en l'occurrence, les émoluments qui constituent la rétribution d'un travail accidentel ou de faible durée inhérent à certains emplois ou fonctions, une distinction avait été observée par l'administration entre les tantièmes alloués aux membres des conseils d'administration des sociétés anonymes non investis d'une fonction spéciale et les tantièmes versés aux administrateurs délégués ou aux administrateurs gérants. Ces derniers versements paraissant avoir pour objet de rémunérer le travail de direction confié à leurs bénéficiaires étaient considérés devoir être affranchis de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et comme relevant par conséquent de l'impôt sur les traitements et salaires. Cependant, la Cour de cassation a décidé que l'impôt sur les revenus des valeurs mobilières était exigible sur

tous les bénéfices qui, par suite de dispositions statutaires, sont distribués aux membres des conseils d'administration, quelle que soit l'étendue de leur mission, des sociétés, compagnies et entreprises désignées à l'article 1 de la loi du 29 juin 1872 (1). Mais cette jurisprudence ne s'applique qu'aux tantièmes alloués en vertu de dispositions statutaires alors que ceux attribués aux administrateurs directeurs en rémunération de leurs services spéciaux, par suite de décisions de l'Assemblée Générale, sont imposables à la cédule des traitements et salaires (2). De même, l'article 79 de la loi du 13 juillet 1928 ne soumettant à l'impôt sur les valeurs mobilières que les prélèvements sur les bénéfices, il en résulte que toute rémunération allouée aux administrateurs, non sur les bénéfices, mais figurant aux frais généraux, quels que soient les résultats de l'exercice, constitue un salaire imposable à la présente cédule. D'autre part, lorsqu'il sera bien établi que les tantièmes non statutaires d'un administrateur représentent la rémunération d'un travail, l'impôt sur les traitements et salaires sera seulement dû (3).

1. Cass. 30 nov. 1921. S. Bull. Somm. 1922. 10.

2. Rep. Min. Fin. à une question (N° 3980) posée à la Ch. des Dép. le 8 avr. 1925, par M. Montigny.

3. Sur toutes ces questions fiscales, voir pour amples détails: Bocquet, *op. cit.*, p. 436 et suiv. 530 et suiv. 288, note 1.

§ 4. — Les membres des professions libérales.

On discute encore aujourd'hui sur la nature du contrat qui intervient entre les membres d'une profession libérale et leurs clients.

Suivant certains auteurs ce serait un véritable mandat, sans qu'il soit utile de savoir si des honoraires avaient été ou non stipulés (1). La jurisprudence était aussi dans ce sens (2). Cette doctrine n'est cependant pas sans objection : en effet, on ne retrouve pas là le caractère essentiel du mandat qui est la représentation. Dans ses plaidoiries, l'avocat par exemple expose verbalement les prétentions de son client : ce n'est pas un acte juridique et l'avocat n'a pas la qualité de représentant ; celle-ci appartient dans les procès civils aux avoués et dans les procès criminels, le prévenu ou accusé est lui-même présent sauf le cas où il serait jugé par défaut ou par contumace. De plus rien de ce que dirait l'avocat en dehors des conclusions déposées, n'engagerait son client envers l'adversaire à moins que l'avoué ne confirmât ses paroles par des conclusions additionnelles. L'avocat fait quelque chose utile à autrui, il ne le représente pas, de même que le notaire d'ailleurs. En réalité, il n'est pas plus un mandataire que le médecin qui soigne un malade ou

1. Voir Pothier, *Traité du mandat*, n° 23.

2. Req. 1^{er} déc. 1891 ; Agen, 4 mars 1889, S. 1889.2.139 ; Trib. Féd. Suisse, 10 juin 1892. S. 1892.4.38.

le chirurgien qui l'opère, que l'auteur qui écrit un livre à la suite d'un traité passé avec un éditeur, que le peintre qui exécute un portrait pour un tiers. L'avocat, le médecin, l'auteur, l'artiste exercent en leur nom personnel les actes qui rentrent normalement dans l'exercice de leur profession. D'autre part, le mandat consistant dans le pouvoir donné de représenter une tierce personne dans des actes juridiques, de l'obliger envers les tiers et d'obliger les tiers envers lui, on ne voit pas comment cette notion pourrait s'adapter aux rapports d'un médecin avec ses clients.

Suivant d'autres auteurs, on se trouverait aussi en présence d'actes qui ne sauraient faire par eux-mêmes l'objet d'un contrat, car ils varient à l'infini suivant le talent de l'avocat, du médecin, etc. (1). Il y a lieu d'être un peu étonné, en voyant les résultats de cette opinion à l'égard de conventions qui, de nos jours, interviennent sur des objets d'art, de littérature ou de science et qui contiennent d'importantes clauses pécuniaires. Il paraîtrait plutôt, au contraire, que le caractère inappréciable de ces services, loin d'être un obstacle à toute estimation, soit de nature à permettre toutes les évaluations.

D'après une troisième doctrine, le contrat passé entre ces divers individus serait un louage de services. D'après elle, la théorie précédente serait empruntée au droit romain et au droit canonique qui

1. Aubry et Rau, *Dr. Civ. Fr.*, t. 4, § 344 ; Guillouard, *Du Louage*, n° 696.

distinguaient entre les occupations libérales et les œuvres serviles, mais cette distinction a fait son temps, car aujourd'hui, tout service peut recevoir une rémunération évaluée en argent et ce qui le prouve c'est que les honoraires ne sont pas les mêmes pour tous les avocats, par exemple, car ils n'ont pas tous le même talent.

Il y a maintenant une question qui paraît aller de soit, c'est que le contrat passé est un louage de services, lorsque le médecin ou l'avocat sont attachés à un établissement où ils sont rémunérés par un traitement fixe, tels que le médecin attaché à une compagnie d'assurance ou à certains services publics, l'avocat dans un contentieux, etc... Pourtant, lorsque l'on examine les choses moins superficiellement, on s'aperçoit que l'indépendance qui est nécessaire à un médecin dans l'accomplissement de sa tâche est incompatible avec ce que nous avons vu être l'une des principales obligations du louage de services, à savoir se conformer aux ordres du maître. Quoi qu'il en soit, on est d'accord pour reconnaître que les actes dépendant d'une profession libérale sont susceptibles de faire l'objet d'une promesse de rémunération de la part de celui au bénéfice duquel ils sont accomplis (1).

Au sujet des travaux qui découlent normalement de ces professions, entre autres, lorsque l'avocat est rémunéré selon l'importance de l'affaire qu'il

1. Lyon, 7 déc. 1909. O. P. 1913, 1. 73. note 1 ; trib. Seine. 24 mai 1921. S. 24. 2. 57 ; Civ. 3 mars 1926. D. P., 1927. 1. 93.

plaide, lorsque le chirurgien fixe le chiffre d'une opération, il semble plus logique d'y voir un contrat d'entreprise qu'un contrat de travail. Il n'y a entre eux et leurs clients aucun lien de dépendance ; on ne peut pas plus parler de subordination personnelle que de dépendance économique. Le client a recours à la science, au savoir ou à l'art de ces travailleurs, il leur reconnaît par là implicitement une certaine supériorité et il doit les laisser libres d'agir selon leur initiative et selon ce qu'ils croient être au mieux de ses intérêts.

En ce qui concerne les architectes, certains auteurs suivis par la jurisprudence avaient fait prévaloir l'idée qu'ils passaient un contrat de louage d'ouvrage (1). Plus récemment, la Chambre civile de la Cour de cassation a pris nettement parti en décidant que le contrat qui les unit au propriétaire est un mandat (2). S'ils étaient considérés auparavant comme des locataires d'ouvrage, cela provenait de ce que les architectes étaient inscrits dans plusieurs articles de la section des devis et marchés. Mais il a été démontré que le Code civil avait voulu faire allusion à ceux que l'on appelait au début du XIX^e siècle, les architectes entrepreneurs que nous ne connaissons plus de nos jours. A l'appui de la première thèse, on a invoqué aussi que le caractère du mandat ne rési-

1. Baudry et Wahl, *Du louage*, t. 2, n° 3.869 ; Guillaouard, *Du mandat*, n° 28. Req. 16 mai 1904. D. P. 1905. 1. 352 ; Nancy, 10 nov. 1900. D. P. 1901 2.417.

2. Civ. 3 nov. 1926. D. P. 1927. 1. 77.

dait pas tant dans l'idée de représentation que dans la gratuité et la qualité des services rendus. On a ajouté que l'architecte représentait bien en réalité le propriétaire puisqu'il dirige les travaux pour son compte et donne en son nom des ordres aux entrepreneurs, qu'ils sont tenus d'exécuter. Ces arguments n'ont pas empêché la jurisprudence et la grande majorité des auteurs de se rallier à l'hypothèse du mandat (1).

SECTION II

Salarié et associé.

On entend souvent répéter par les économistes que le salarié est un associé du patron car chacun dans leur sphère ils collaborent à l'œuvre commune de la production des richesses : le premier fournit sa force de travail et le second apporte ses capitaux. Cela peut être vrai d'un point de vue strictement économique, mais ne peut influencer en rien sur la nature juridique des deux contrats qui gardent chacun leur individualité.

Selon l'avis de Bastiat et quelques autres économistes le contrat de travail ne serait qu'une altération du contrat de société : le salaire étant un forfait accepté par l'ouvrier au lieu et place de la part aléa-

1. Voir aussi dans ce sens Trib. Civ. de Nantua, 13 avril 1922. D. P. 1923. 2. 40 ; trib. Comm. Marseille, 23 fév. 1923. D. P. 1926. 2. 157.

toire de bénéfices lui revenant dans l'association ayant déjà existé, ou pu exister *ab initio* entre son patron et lui. Or, cette altération primitive du salaire qui ne saurait être considérée comme un contrat d'esclavage, vient de ce que dans notre régime social, l'association entre le maître apportant son capital et l'ouvrier apportant son travail est nécessairement précaire. Ce dernier n'a point, comme le maître, des réserves pour patienter pendant les mauvaises années et il a besoin de vivre : il abdique donc ses droits d'associé et fait avec le capitaliste un contrat aléatoire en vertu duquel il renonce à sa part dans les bénéfices contre la promesse d'une somme fixe payée par le patron.

D'après MM. Baudry et Wahl, le salarié se distingue de l'associé par la nature de la rémunération, cependant l'employé intéressé dans les bénéfices n'en reste pas moins un locateur d'ouvrage, car il est clair que dans l'intention des partis aucune inégalité ne s'établit entre le maître et l'employé : celui-là a toujours le droit de donner des ordres et celui-ci reste dans un état de subordination ; par conséquent et surtout depuis la loi du 6 février 1895 qui étend le privilège de l'article 549 du Code de commerce aux commissions proportionnelles aux affaires traitées par eux, ces employés sont bien des salariés.

M. Chatelain décompose le contrat entre ouvriers et entrepreneurs en deux opérations distinctes,

quoique connexes : une association à la base et venant se greffer sur cette association primitive, une vente par l'ouvrier de la part à laquelle son travail lui donnerait théoriquement droit dans le produit net de l'entreprise. Ce serait une société où la participation de l'ouvrier aux bénéfices et aux pertes est remplacée par un forfait (1). M. Planiol, voit là une contradiction, car le forfait est inconciliable avec la société (2). De toutes façons, il serait anti-juridique de voir dans le contrat de travail une société pure et simple, attendu que d'après la définition légale du contrat de société, un associé doit participer aux pertes alors que le salarié est précisément, de par son forfait, affranchi des pertes et ce même lorsqu'au salaire vient s'ajouter une participation aux bénéfices (3).

Quoique ces participations, lorsqu'elles sont accordées par les patrons, ajoutent encore à l'analogie entre salarié et associé, on est malgré tout d'accord à reconnaître qu'elles ne transforment pas en un contrat d'association, le contrat de louage de travail qui intervient entre les commis ou ouvriers et le patron. Elles ne constituent qu'un supplément de salaire qui n'a pas pour effet d'ôter au salarié sa

1. Chatelain, *Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904 ; consulter aussi Bauregard, *Théorie du salaire*, p. 261 ; Génv, *Une théorie nouvelle des rapports juridiques issus du contrat de travail*, *Revue trim. de D. C.*

2. Planiol, *Traité élém. de D. C.*, t. 2.

3. Pic, *Travail des sociétés*, t. 1, n° 77 et suivants.

qualité, de ce fait, ils restent justiciables des conseils de prud'hommes dont la compétence dépend, nous le savons, de la nature du travail accompli et non du mode de rémunération (1).

On a encore voulu soutenir, suivant une autre opinion, qu'il pouvait y avoir louage d'ouvrage alors même que l'employé participerait aux pertes (2). Mais il est le plus généralement admis que cette clause suffit pour faire de lui un associé (3).

D'autre part, en ce qui concerne la question de la communication des livres de commerce, la jurisprudence a décidé aussi que la convention, par laquelle un commerçant s'engage à verser à un de ses employés au lieu d'appointements fixes ou en sus de ceux-ci, une part dans les bénéfices, constitue non une société mais un simple louage d'ouvrage : la participation des bénéfices n'étant en l'espèce qu'un mode particulier de rémunération ou de salaire. Il en sera ainsi à plus forte raison, si le comptable par exemple, ne reçoit pas une part dans les bénéfices mais une simple commission c'est-à-dire un tant pour cent sur les affaires de la maison (4).

1. Civ., 11 mars 1907, D. P. 1908.1.272.

2. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 2, n° 61 ; Aubry et Rau, t. 5, § 372-2°, p. 395 ; Guillouard, *Traité des sociétés*, n° 14, Req., 28 fév. 1898. Pand. Fr. 1899.1.269.

3. Civ., 17 avr. 1893. D. P. 1893.1.288. Baudry et Wahl, *Du louage*, t. 2, n° 2795.

4. Paris, 21 nov. 1903, D, 1905.2.13 ; trib. comm. Seine, 8 janv. 1908. D. P. 1908.2.341. sous note b ; Poitiers, 8 janv. 1908, D. P. 1908.2.341. Voir aussi en doctrine Guillouard, *Traité des*

Dans un cas plus particulier, les congrégations religieuses constituant une forme spéciale d'associations, le contrat qui intervient entre elles et ceux qui en deviennent membres, lors de la rentrée en religion, n'est pas un louage de services ordinaire ; il a même été jugé qu'il ne participait pas juridiquement de la nature de ce dernier contrat (1).

En définitive, il suffit de noter que le salarié se distingue de l'associé sur les deux points suivants :

1^o Le salarié reçoit un salaire qui est fixe et à l'abri des risques de l'entreprise. La participation aux bénéfices ne peut qu'avoir le caractère d'un supplément de salaire et elle ne comporte pas une participation aux pertes de la société comme cela serait le cas pour un associé.

2^o Le salarié est tenu d'obéir à son patron, quoique depuis ces dernières années se soit dessiné un mouvement tendant à faire participer les ouvriers à la gestion de l'entreprise en instituant ce que l'on a appelé les conseils d'usine. C'est cet élément de subordination qui caractérise parfaitement la distinction que nous voulions établir.

soc., nos 14, 47 et 77. Baudry et Wahl, *Du louage*, t. 2, n^o 1643 et 2786 et suivants.

1. Trib. civ. Seine, 15 mars 1901. D. P. 1902.2.341 Civ., 30 oct. 1912. *Gaz. Pal.*, 24 nov. 1912.

CONCLUSION

Ainsi une fois arrivés au terme de cette étude, nous sommes amenés à formuler une réponse à la question que nous posions au début.

Il ne faut plus s'obstiner à ne considérer comme des salariés que ceux qui ont passé un contrat de louage de services ou contrat de travail, car nous avons vu à propos des travailleurs à domicile, des petits métayers et des tâcherons entre autres les résultats inadmissibles que cela entraînerait. Voici une loi telle que celle sur les Assurances Sociales dont le but est d'aider tous les petits travailleurs, qui ne serait pas applicable à ceux d'entre eux qui auraient peut-être le plus grand besoin de sa protection.

D'après le Ministre du Travail cette loi a été faite pour les travailleurs «économiquement faibles», c'est cette expression qui doit nous faire entrevoir ce qu'est le salarié moderne : d'une manière générale, il est celui qui travaillant au jour le jour n'est pas en état de pouvoir faire face à toutes les surprises que réserve l'existence. Il serait injuste de vouloir établir des discriminations entre des individus con-

courant dans les mêmes conditions précaires à la production des richesses, sous le prétexte par trop doctrinal et théorique que la nature juridique du contrat qu'ils passent avec leurs employeurs diffère.

Il ne faut certes point éliminer complètement cette considération qui a encore son poids car dans certaines hypothèses bien tranchées telles que les professions libérales par exemple, elle permet de résoudre le problème plus rapidement et plus sûrement ; il en est de même lorsque les différences juridiques sont malgré tout trop fortes. Il faut savoir seulement ne pas en faire une condition *sine qua non* pour écarter la qualité de salarié lorsque l'on se trouve en présence d'individus dont les situations sont identiques économiquement et socialement.

On est alors amené à écarter l'idée d'une dépendance économique, élément constitutif du contrat de travail, on ne peut l'accepter, sous quelques modifications, que pour caractériser le salarié qui ne doit plus être uniquement celui qui a passé un contrat de travail entendue dans son sens juridique. (1) Malgré cela, on ne peut pas non plus, en sens contraire, dire que le salarié au point de vue social est tout individu qui dépend économiquement d'un patron, c'est là un

1. C'est là uniquement un vœu formulé déjà par certains auteurs (Voir Rouast, *Supra*, p. 118) et que nous reprenons ici car il semble juste ; mais on ne saurait se dissimuler qu'il y a là un pas qui ne sera que difficilement fait, vu la position qui continue à être adoptée par la jurisprudence et que nous avons longuement examinée à propos des travailleurs à domicile.

critérium trop vaste et avec lui il deviendrait difficile de savoir qui est ce qui n'est pas un salarié, surtout à une époque où la lutte pour la vie est devenue si âpre.

Il semble plutôt que l'on doive adopter une position terme entre les deux précédentes et si l'on tient vraiment à avoir une définition du salarié plus précise que celle qui consiste à octroyer cette qualité à tous les travailleurs économiquement faibles, on pourra donner la suivante qui tient en trois propositions :

1° Le salarié doit tirer de son travail sa principale subsistance :

2° Peu importe que ce travail soit manuel ou intellectuel ; qu'il soit rémunéré au temps ou à la tâche ; qu'il soit exécuté à l'atelier ou à domicile.

3° Que ce travail qui lui est obligatoire, sera fait non selon son initiative personnelle ou pour satisfaire directement les goûts du public, mais au contraire selon la ligne qui lui est tracée par son employeur ou ses employeurs successifs, qu'il leur soit uni par un rapport de subordination personnelle ou de dépendance économique.

Cette définition paraît assez large pour s'adapter au côté social de la question et en même temps assez précise pour déjouer toutes les fraudes. Il n'est donc plus question de tel ou tel contrat ; on doit s'attacher aussi à sa condition économique pour reconnaître le salarié et non plus uniquement à sa condition juridique. Ces deux aspects se combinent tout natu-

rellement et il faut faire prévaloir dans chaque cas d'espèce, ainsi que nous avons essayé de le faire dans cette étude, celui qui se montre le plus conforme aux exigences de la vie sociale moderne et à la justice.

Vu : le Président de la thèse,
OUALID.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

1^o SOURCES D'ARRÊTS

Annales de Droit Commercial.

La Belgique Judiciaire.

Bulletin des Contributions directes.

Bulletin des décisions des Juges de Paix.

DALLOZ.

Gazette du Palais.

Moniteur judiciaire de Lyon.

Pandectes Français.

Recueil de Droit Commercial et Social.

Revue des Impôts.

SIREY.

2^o OUVRAGES CONSULTÉS

ALLIX (E.). — L'industrie à domicile salariée (*Revue des sciences politiques*, 1904).

AUBRY et RAU. — *Droit civil Français*, 5^e édit. 1902.

BAUDRY et WAHL. — *Du louage*, 3^e édit. Paris, Larose, 1907.

— *Du mandat*, 3^e édit. Paris, Larose, 1907.

BOCQUET. — *Sur le revenu cédulaire et général*, 1 vol. Paris, Sirey, 1926 et 3 suppl. 1927, 28-29 et 1930.

BOISSARD. — *Contrat de travail et salariat*, 1 vol. Paris, Bloud, 1910.

CABOUAT. — *Traité des accidents du travail*, 2 vol. Paris, 1901, 1907.

- CAPITANT et CUCHE. — *Précis de législation industrielle*
2^e édit. 1921.
- CHAUVEAU. — *La loi sur les Assurances sociales*, 1 vol.
Paris, 1928.
- COLIN et CAPITANT. — *Traité de droit civil français*, 6^e éd.
1930.
- CUCHE. — Du rapport de dépendance élément constitutif du
contrat de travail (*Revue critique* 1913).
- CUSENIER. — *Les domestiques en France*, thèse Paris 1913.
- DESCHAMPS. — *Sur l'expression locare operas et le travail
comme objet de contrat à Rome*, broch. Paris.
Larose 1907.
- FALCIMAIGNE. — Note sous D. 1927.1.141.
- GABOLDE. — Note sous D. P. 1928.2.135.
- GIDE. — *Principes d'Economie Politique*.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit Romain*.
- GROUSSIER. — Rapport sur le contrat de travail, présenté à
l'Association Nationale Française pour la protec-
tion légale des travailleurs (publications de l'As-
sociation, 5^e série, n^o 3, 1. vol. Paris Larose, 1908.
- GUILLOUARD. — *Du louage* 2^e Edit. Paris, 1887 (tome 2).
— *Du mandat*, 2^e Edit. Paris, 1893 (1 vol).
- IHERING. — *De la coopération dans les actes juridiques*.
- LOUBAT. — *Traité sur le risque professionnel*, 2 vol. 3^e Ed.
1907.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*
5^e édit. 4 vol. Paris, 1925.
- MARTINI. — *La notion du contrat de travail*, thèse Paris,
1912.
- MILHAUD (L.). — *La saisie-arrêt des salaires et petits trai-
tements*, 1 vol. Paris, Sirey, 1930.
- PERREAU. — Premier rapport présenté à l'Association Na-
tionale Française pour la protection légale des tra-
vailleurs (publications de l'Association, 4^e série,
1 vol. Paris, Larose, 1907).
- PIC. — *La protection des droits de l'inventeur salarié*, 1927
(*Question pratique*, 1928, p. 37 et 83).

- *Traité de législation industrielle*, 6^e édit., 1930.
- *Traité des Sociétés*, 2^e édit. Paris, Rousseau, 1925, 3 vol. et un suppl., 1930.
- PICARD. — *Les Assurances Sociales*, commentaire de la loi du 5 avril 1928.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit Civil*, 11^e édit. Paris, 1931.
- POTHIER. — *Traité du mandat*, édit. Piquet.
- ROUAST. — Note sous D. P. 1930.1.6.
 - *La sphère d'application de la loi sur les Assurances Sociales* (*Semaine juridique*, 1929, p. 329).
- SACHET. — *Traité théorique et pratique de la législation sur les accidents du travail*, 3 vol., 7^e édit. Paris, 1926.
- SAVETIER. — Note sous D. P. 1923.1.5.

3^e PÉRIODIQUES ET PUBLICATIONS SPÉCIALES

Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale.

Revue critique.

- *d'économie politique.*
- *des sciences politiques.*
- *du travail belge.*
- *trimestrielle de droit civil.*

Semaine juridique.

Bulletin des séances du Conseil Supérieur du travail,
1930.

Circulaire du Ministère du travail du 10 mars 1910.

Circulaire du Ministère du travail du 3 août 1930.

Documents et débats parlementaires (journaux officiels).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	I
CHAPITRE PREMIER	
GÉNÉRALITÉS	5
SECTION I	
Qu'est-ce qu'un salarié?.....	7
SECTION II	
Des différentes sortes de salariés.....	15
SECTION III	
Bref Historique.....	34
CHAPITRE II	
De la notion juridique de salarié depuis la loi du 9 avril 1898. Etude législative, doctrinale, jurispru- dentielle. De la distinction entre salarié et entrepre- neur.	42
SECTION I	
La loi du 9 avril 1898.....	51
SECTION II	
Le projet de réglementation du contrat de travail de 1906.....	64

SECTION III

La loi de 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes.	72
--	----

SECTION IV

Autres lois moins importantes	81
§ 1. — Les lois sur la S. A. des salaires.....	81
§ 2. — Les lois sur le privilège des employés et gens de service.....	85
§ 3. — Les lois sur les Conseils de Prud'hommes.	94
§ 4. — La loi du 31 juillet 1917 et l'impôt cédulaire sur les traitements et salaires.....	96

CHAPITRE III

SECTION I

Les lois des 5 avril 1928 et 30 avril 1930 sur les Assu- rances sociales.....	105
--	-----

SECTION II

Etude de quelques variations de la jurisprudence....	124
--	-----

CHAPITRE IV

Examen de la situation de quelques catégories parti- culières de travailleurs.....	137
---	-----

SECTION I

Les travailleurs à domicile et les tâcherons.....	137
---	-----

SECTION II

Les métayers et les artistes.....	147
-----------------------------------	-----

SECTION III

Les gérants de maisons à succursales multiples.....	155
---	-----

CHAPITRE V

De qui le salarié doit-il encore être distingué?.....	179
---	-----

SECTION I

Salarié et mandataire.....	179
§ 1. — Les agents d'assurances.....	185
§ 2. — Les représentants de commerce.....	189
§ 3. — Les directeurs techniques de sociétés ano- nymes.....	195
§ 4. — Les professions libérales.....	202

SECTION II

Salarié et associé.....	206
CONCLUSION.....	211
BIBLIOGRAPHIE.....	215

1534. — Imprimerie Jouve & Cie, 15, rue Racine — 10-31
